

في فروع مذهب الإمام الشافعي

رضي الله عنه

تأليف

الشيخ الإمام أبي المحاسن

عبد الواحد بن إسماعيل الروياني

المتوفى سنة ٥٠٢ هـ

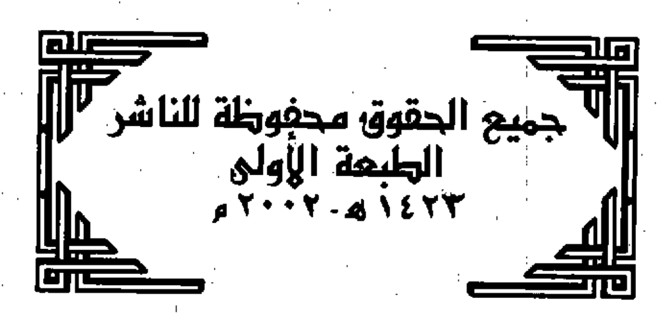
حققه وعلق عليه

أحمد عزو عناية الدمشقي

الجزء الثامن



بيروت - لبنان



الطبعة الأولى
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح[1]

أملي على كتاب أبي يوسف وما دخل فيه من اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

قال الماوردي: والأصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والأثر والاتفاق فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤]. وقال تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ١٢٨] الآية.

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

وأما السنة فما روى عبد الله عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَبَا أَيُّوبَ أَلاَ أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللَّهُ مَوْضِعَهَا. قُلْتُ بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: تَسْعَى فِي صُلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا تَفَاسَدُوا وتُقَارِبُ بَيْنَهُمْ إِذَا تَبَاعَدُوا»[2].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

وروى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: قَالَ

---

(١) أخي القارىء الكريم سقط من الأصل بداية كتاب الصلح فأثبتناه من كتاب الحاوي الكبير وهذا يبدأ من قوله كتاب الصلح إلى قوله تتمة كتاب الصلح.

(٢) ذكره الهيثمي في «**مجمع الزوائد**» (٨/ ٨٣).

لبلال بن الحرث: «اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إلا شَرْطاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً»(١).

وروي أن النبي ﷺ مرّ بكعب بن مالك وهو يلازم غريماً له يقال له: ابن أبي حدرد وقد ارتفعت بينهما خصومه، فقال النبي ﷺ لكعب «خُذْ مِنْهُ الشَّطْرَ وَدَعِ الشَّطْرِ»(٢).

وأما الأثر فما روى الشافعي عن عمر رضي الله عنهما: أنه قال في عهده إلى أبي موسى الأشعري: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحَاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلالاً.

وروي أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحاً. وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠] ثلاثة تأويلات:

أحدها: الصلح بين الخصوم، **والثاني**: فصل الحكم بنفسه من غير استخلاف فيه، **والثالث**: سرعة القضاء وبت الحكم.

وأما الاتفاق فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح وإباحته بالشرع.

وإنما اختلف أصحابنا هل هو: رخصة لاستثنائه من جملة محظورة. أو هو: مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أنه رخصه لأنه فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده وليس بأصل بذاته فصار لاعتباره بغير رخصة مستثناة من جملة محظورة.

والوجه الثاني: وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة أنه مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته قد جاء الشرع به وجرى العمل عليه وقد أشار إلى القول به أبو حامد.

فصل

فأما قوله الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً فقد اختلف أصحابنا فيه.

هل هو عام أو محمل على وجهين:

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، وابن ماجه في الأحكام، باب الصلح (٢٣٥٣).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٩/ ١٠٢).

أحدهما: أنه محمل وهو قول من جعله معتبراً بغيره ولم يجعله أصلاً بذاته، **والثاني**: أنه عام وهذا قول من جعله أصلاً بذاته.

فأما الصلح الذي يحرم الحلال فهو: أن يصالحه على دار أن لا يسكنها، أو يصالح زوجته على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها فيحرم على نفسه بالصلح ما أحلّه الله تعالى له من السكنى والنكاح والطلاق.

وأما الصلح الذي يحل الحرام فهو: أن يصالحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة أو على خمر أو خنزير.

فيستحل بالصلح ما حرّم عليه من الربا والخمر والخنزير.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَمَا جَازَ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ وَمَا بَطُلَ فِيهِ بَطُلَ فِي الصُّلْحِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجملة الصلح ضربان: معاوضة، وحطيطة.

فأما المعاوضة: فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه، مثل أن يصالح على دراهم بدنانير أو دنانير بدراهم، فهذا بيع يجري عليه حكم فإن كان مما يدخله الربا كالصلح على الدراهم بالدنانير أو على البر بالشعير لزم فيه القبض قبل الافتراق ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإن كان مما لا ربا فيه جاز فيه الافتراق قبل القبض وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث. وصح فيه دخول الأجل وأخذ الرهن فيه فيعتبر في صحته وفساده ما يعتبر في صحة البيع وفساده وهو الذي بدأ به الشافعي.

وأما الحطيطة فهو أن يصالحه من حقه على بعضه وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون الحق في الذمة، **والثاني**: أن يكون عيناً قائمة.

فإن كان الحق في الذمة فصورته: أن يدعي عليه مائة دينار فيعترف بها فيصالحه منها على خمسين ديناراً فهذا يكون إبراء.

فإن حط الباقي بعد الخمسين بلفظ الإبراء فقال قد صالحتك على خمسين ديناراً وأبرأتك من الباقي صح. إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط فيقول: إن أعطيتني خمسين ديناراً فقد أبرأتك من الباقي. أو يقول قد أبرأتك من خمسين ديناراً إن دفعت إلي خمسين ديناراً فلا يصح هذا لإبراء.

وكذلك لو قال إن أقررت لي بحقي فقد أبرأتك من خمسين ديناراً فأقر له يبرأ من شيء لأن تعليق البراءة بشرط لا يصح. فإن حط الباقي بغير لفظ الإبراء فقال: قد صالحتك من المائة على خمسين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قياس قول أبي إسحاق المروزي لا يصح، **والثاني**: وهو قياس قول أبي الطيب بن سلمة يصح.

وتوجيه هذين القولين مبني على ما نذكره عنهما فيما بعد. وإن كان الحق عيناً قائمة فصورته:

أن يدعي داراً في يد رجل فيعترف له بها ويصالحه منها على نصفها فهذا يكون هبة.

فإن فعل ذلك بلفظ الهبة فقال بعد أن أقر له بالدار قد وهبت لك نصفها صح. واعتبر فيه ما يعتبر في صحة الهبة من القبول ومرور زمان القبض. وهل يحتاج إلى إذنه في القبض؟ على قولين: وإن لم يذكره بلفظ الهبة بل قال: صالحتك من هذه الدار على نصفها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو نص قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مالك لجميع الدار فلم يجز أن يصالحه على بعضها كما لا يجوز فيما نص عليه الشافعي أن يصالحه على سكناها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه يجوز لأنه لما جاز أن يصالحه على ما في الذمة على بعضه جاز أن يصالحه عن الأعيان على بعضها. ومن هذين يخرج الوجهان الأولان وكل ذلك بناء على اختلاف المذهبين في الصلح هل هو فرع لغيره أو أصل بذاته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ أَخَاهُ مِنْ مُوَرِّثِهِ فَإِنْ عَرَفَا مَا صَالَحَهُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ جَازَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

ومقصود الشافعي بها تفسير قوله فما جاز في البيع جاز في الصلح وما بطل فيه بطل في الصلح، فإذا ورث أخوان تركة صالح أحدهما الآخر على مال من حقه لتصير له التركة كلها بإرثه وصلحه فهذا في حكم البيع لأنه يصير مشترياً من أخيه نصيبه من الميراث فيصح بثلاثة شروط يعتبر بها صحة البيع:

أحدها: معرفة التركة بالمشاهدة لها والإحاطة بها، **والثاني**: معرفة قدر ما يستحقه المصالح بالإرث منها، **والثالث**: كون العوض معلوماً تنتفي الجهالة عنه.

فإن لم يشاهد التركة أو جهلا حصة المصالح أو قدر العوض بطل الصلح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ حَقّاً فَصَالَحَهُ مِنَ دَعْوَاهُ وَهُوَ مُنْكِرٌ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ وَيَرْجِعُ الْمُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ صَاحِبُهُ مَا أَعْطَاهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال بالصلح على الإنكار باطل حتى يصالح بعد الإقرار بالدعوى.

وقال أبو حنيفة ومالك يجوز الصلح مع الإنكار استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ مَا وَقَى الْمَرْء بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ»(١).

والصدقة تستحب لباذلها وتحل لآخذها فهكذا الصلح. ولأنه بذل مالاً في الصلح مختاراً فصح كالمقر به. ولأنه مدع لم يعلم كذبه فصح صلحه كالمقر به.

ولأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني، فلما اختص الصلح باسم غير البيع وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع ولو كان لا يجوز إلا بعد الإقرار لكان بيعاً محضاً ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى ولأن الاعتبار في الأصول بالآخذ دون الباذل. ألا ترى أن شاهداً لو شهد على رجل بعتق عبده فردت شهادته ثم ابتاعه الشاهد منه حل له أخذ ثمنه لاعتقاد إحلاله. وإن كان الباذل معتقداً لتحريمه فكذلك الصلح يحل للأخذ وإن كان الباذل منكراً.

ولأن في المنع من الصلح مع الإنكار منعاً من الصلح بكل حال لأنه يبعد الصلح مع الإقرار فلم يبق له محل إلا مع الإنكار.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل. لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه.

وما روي عنه ﷺ أنه قال: «الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام. ويحرّم على المدعي باقي حقه وذلك حلال.

ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً كما لو ادعى قتل عمد فصولح

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٠).

عليه مع الإنكار. ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له فوجب أن لا يملك عوضه. أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال. ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه.

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع.

ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف فأولى أن لا يجوز على مجهول العين.

ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال:

الأول: إما أن يكون مبذولاً لكف الأذى، **الثاني**: أو يكون مبذولاً لقطع الدعوى، **الثالث**: أو يكون مبذولاً للإعفاء من اليمين، **الرابع**: أو يكون مبذولاً للمعاوضة. فلم يجز أن يكون مبذولاً لدفع الأذى لأنه من أكل المال بالباطل. ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو: إذا كان الحق ألفاً لم يجز أن يصالحه على أكثر منها. ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير لم يجز أن يفارقه قبل قبضها ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق. ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين لما ذكرنا من الأمرين فثبت أنه مبذول للمعاوضة.

والمعاوضة تصح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار، لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه.

فأما الجواب عن استدلالهم بالآية فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل. وأما الجواب عن استدلالهم بقوله عليه السلام «كُلُّ مَالٍ وَقَى الْمَرْءُ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ». فهو أن يكون المقصود به البر لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال:

الأول: إما أن يقصد به القربة وهو الصدقة، **الثاني**: أو الصلة وهو الهبة، **الثالث**: أو المعاوضة وهو البيع. وليس مال الصلح مقصوداً به البر ولا الصلة فثبت أن المقصود به المعاوضة والخبر لا يتناول المعاوضة فلم يكن فيه دلالة.

وأما الجواب عن قياسهم على المقر فهو أن المعنى في المقر أن العوض مأخوذ عما ثبت له فصح. وفي المنكر عما لم يثبت له فلم يصح.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني فاقتضى أن يكون الصلح مخالفاً للبيع.

أحدهما: أن الصلح في الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة والبيع بخلافه. **والثاني**: أن المقصود بالصلح الإرفاق وبالبيع المعاوضة.

فكان افتراقهما من هذين الوجهين لا من حيث ما ذكر من الإقرار والإنكار.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاعتبار بالآخذ دون الباذل كالشاهد فهو أنه ليس بصحيح. والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعتقه لأنه كان محكوماً برقه لبائعه. وإن قصد مشتريه استنقاذه من رقه كما أن قصد من اشترى عبداً مسلماً من كافر استنقاذه من أسره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح من الإنكار يفضي إلى المنع من الصلح بكل حال فغلط؛ لأن المقر له قد يصالح أيضاً إما لكون المقر غاصباً بيده وإما لكونه مماطلاً بحقه ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل.

فصل

فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز فلو صالحه مع إنكاره كان الصلح باطلاً ولزم رد العوض ولم يقع الإبراء حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم وأبرأه من الباقي لزمه في الحكم رد ما قبض ولم يبرأ مما بقي حتى لو أقام بالألف بينة عادلة كان له استيفاء جميعها، وإنما كان كذلك لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه كالمقبوض بالبيع الفاسد. والإبراء كان مقروناً بملك ما صالح به فلما لزمه رده لعدم ملكه بطل إبراؤه لعدم صفته، وكمن باع عبداً بيعاً فاسداً فأذن لمشتريه في عتقه فأعتقه المشتري بإذنه لم يعتق، لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالإذن، فإن قيل أفيسع صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصلح مع الإنكار إذا كان محقاً قيل بسعة ذلك ويجوز فيما بينه وبين الله تعالى فأما في ظاهر الحكم فيجب عليه رده.

فصل

فلو ادعى عليه ألفاً فأنكره ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه ببينة أو إقرار برىء منها لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح كان مطلقاً فصح وإذا كان عن عقد صلح كان مقيداً بصحته فبطل ببطلانه ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء وقال قد حططتها عنك ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه قد سقطت المطالبة بها وبرىء منها؛ لأن الحطيطة أحد ألفاظ الإبراء، **والثاني**: أن المطالبة باقية ولا يبرأ من شيء لأن الحطيطة إسقاط وإسقاط الشيء إنما يصح بعد لزومه.

فصل

فلو ادعى عليه ألفاً أقر بها ثم صالحه منها على خمسمائة وأبرأه من الباقي فكان ما صالحه عليه من الخمسمائة مستحقاً فالصلح صحيح والإبراء لازم. ويرجع على المقر ببذل ما استحق من يده وإنما كان كذلك لأن ما في الذمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين:

الأول: إما الاستقرار بالقبض باستقرار الملك، **الثاني**: وإما لتعيينه بعقد لازم. وهذا النوع من الصلح هو إبراء وليس بعقد من عقود المعوضات اللازمة. فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح.

فصل

إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح، وإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً. لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق. ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل

فلو أنكر الحق فقامت عليه بينة عادلة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار.

فلو كان المدعى عليه على إنكاره فقال صالحني عليه لم يكن ذلك إقراراً فلا يصح الصلح معه. ولو قال ملكني ذلك كان إقراراً يصح الصلح معه.

والفرق بينهما: أن قوله صالحني يحتمل أن يكون أراد به قطع الخصومة وكف الأذى فلم يضره مقراً. وقوله ملكني لا يحتمل فصار به مقراً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ يُقِرُّ عَنْهُ بِشَيْءٍ جَازَ الصُّلْحُ وَلَيْسَ لِلَّذِي أَعْطَى عَنْهُ أَنْ يرجع عَلَيْهِ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهِ».

قال الماوردي: وصورتها ما شرحه الشافعي في «الأم» أن يريد الرجلان الصلح ويكره المدعى عليه الإقرار.

قال الشافعي رحمه الله: فلا بأس أن يقر رجل عن المدعى عليه ثم يؤدي إلى المدعي ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً وهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى حقاً في الذمة. **والثاني**: أن تكون عيناً قائمة.

فإن كانت الدعوى حقاً في الذمة جاز أن يصالح أجنبياً عنه بعد الإقرار عنه سواء أذن له في الصلح عنه أو لم يأذن.

لأن هذا الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراء منه وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين ألا تراه لو قضى الدين عنه بغير إذنه صح فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح.

وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي بالحق فيقول حقك ثابت على فلان فصالحني عنه، وهل يحتاج أن يقول وقد أقر عنه به؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يحتاج أن يقول حقك ثابت على فلان وقد أقر عندي به ليصح أن يكون عالماً بثبوت الحق عليه.

والوجه الثاني: لا يحتاج إلى ذلك لأنه قد يعلم بذلك عن إقراره تارة وبغير إقراره أخرى. فإذا أقر فصالح عنه صح الصلح ولزم المصلح عن غيره دفع ما اتفقا على الصلح به وبرىء المدعى عليه من المدعي ولم يكن للمصالح أن يرجع عليه بما صالح به ما لم يأذن له فيه لأنه تطوع بالغرم عنه كما لوتطوع بقضاء دينه. فأما إذا أذن له في الصلح عنه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء فيقول صالح عني فلا رجوع له بما أداه في الصلح لأنه غير مأذون له في الأداء فصار متطوعاً. **والضرب الثاني**: أن يأذن له في الأداء فينظر في إذنه بالأداء فإن قال له صالح وأدى لترجع علي فله الرجوع عليه وإن قال أدِّ ولم يصرح بالرجوع ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه لإذنه فيه. **والثاني**: لا يرجع عليه لأن أمره بالأداء يحتمل أن يكون لمعنى التطوع به ويحتمل أن يكون لمعنى الرجوع عليه فلم يكن الإذن صريحاً في الرجوع به.

فصل

وإن كانت الدعوى عيناً قائمة فلا يخلو حال المصالح عنها من أحد أمرين:

إما أن يصالح عنها لنفسه، أو يصالح عنها للمدعى عليه.

فإن صالح عنها للمدعى عليه فلا يخلو إما أن يصالح عنه بإذنه أو بغير إذنه فإن صالح عنه بإذنه جاز وهل يحتاج مع الإذن للوكيل في الصلح إلى الإقرار بها عنده؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصح الصلح عنه بمجرد إذنه للوكيل حتى يقر بها عنده للمدعي ثم يقر الوكيل بذلك عند المدعي عند صلحه.

والوجه الثاني: وهو أصح أن الصلح يصح بإذنه للوكيل ولا يحتاج إلى إقراره عند الوكيل لأن وكيله في الصلح نائب عنه، فإقراره عنده كإقراره عند نفسه. وإنما يقر الوكيل عنه على ما ذكرنا من قبل، ويزيد فيه أن فلاناً وكلني في الصلح عنه. فإن لم يذكر ذلك فهو على ما نذكره من اختلاف الوجهين هل يكون إذنه شرطاً في صحة الصلح أم لا؟ فأما إذا صلح عنه بغير إذنه ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي الطبري وأبي حامد، أن الصلح جائز لأنه لما جاز أن يصالح عما في الذمة بغير إذنه جاز أن يصالح عن العين القائمة بغير إذنه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبو سعيد الإصطخري أن الصلح باطل ما لم يكن من المدعى عليه إذن فيه؛ لأن في هذا النوع من الصلح تمليك عين فلم يصح بغير إذن من تملكها كمن اشترى لغيره شيئاً بغير أمره. وبهذا المعنى فارق ما في الذمة لأن طريقه الإبراء ويصح من الإنسان أن يبرىء غيره بغير أمره وإذنه.

فصل

فأما إذا صالح عنها لنفسه فهذا في حكم من اشترى شيئاً مغصوباً فيحتاج أن يعترف للمدعي بالملك ويقر بأنه قادر على انتزاع ذلك من يد المدعى عليه فيصح هذا ويكون بيعاً محضاً، فإن انتزع ذلك من يده برىء المدعي من ضمان العقد، وإن عاد فذكر أنه ليس يقدر على انتزاعها من يده، فالقول قوله مع يمينه إذا كذبه المدعي وله الرجوع بالعوض الذي بذله.

فصل

إذا أوقف رجل داراً بيده ثم ادعاها مدعٍ فأقر له بها كان إقراره مردوداً لخروجها عن حكم ملكه بالوقف، وهكذا لو صدقه الذين وقفت الدار عليهم لم يبطل الوقف لما تعلق به من حقوق غيرهم من البطن الثاني أو الفقراء لكن لا حق لمن صدق منهم في الوقف. ويكون ذلك لغيرهم ممن لم يصدق. ويصح بهذا الإقرار وإن لم يبطل به الوقف أن يصالح المدعي المقر له فلو أن رجلاً جعل داراً في يده مسجداً وخلفها وأذن للناس فيها بالصلاة من غير أن يتلفظ بتسبيلها لم تصر سبلة بهذا القدر. وقال بعض العراقيين: متى خلفها

وجعلها برسم المساجد خرجت من ملكه. وقال آخرون: إذا صلى فيها المسلمون خرجت من ملكه وكل هذا خطأ؛ لأن إزالة الأملاك لا تكون إلا بالقول كالعتق والوقف والطلاق.

فلو فعل ما ذكرنا فادعاها مدعٍ فأقر له بها لزمه إقراره ولو صالحه عليها صح صلحه، فلو سبلها مسجداً ثم أقر بها لغيره لم يبطل التسبيل ولزمه غرم قيمتها لمن أقر له بها فلو صالحه على ذلك صح صلحه.

ولو صالحه أهل المحلة وجيران المسجد جاز ولم يكن لهم أن يرجعوا على المسبل بشيء ما لم يأمرهم بالصلح عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحاً عَلَى طَرِيقٍ نَافِذَةٍ فَصَالَحَهُ السُّلْطَانُ أَوْ رَجُلٌ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَنَظَرَ فَإِنْ كَانَ لاَ يَضُرُّ تُرِكَ وَإِنْ ضَرَّ قُطِعَ».

قال الماوردي: صورة هذه المسألة في رجل أشرع من داره جناحاً أو ساباطاً على طريق فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين:

إما أن تكون نافذة أو غير نافذة. فإن كانت نافذة فلا يخلو حال الجناح من أن يكون مضراً بالمارة أو غير مضر.

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين ترك على حاله. ولم يكن لأحد من المسلمين أن يعترض عليه فيه. لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه مرّ بدار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه فقطر عليه من ميزابه ماء فأمر بقلعه فخرج إليه العباس رضي الله عنه وقال قلعت ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال عمر: وَاللَّهِ لاَ يُعَادُ إلاَّ عَلَى ظَهْرِي فَرَكَبَ الْعَبَّاسُ ظَهْرَهُ وَأَعَادَ الْمِيزَابَ فِي مَوْضِعِه»[1]. ولأنه لم يزل الناس قديماً يفعلونه ورسول الله ﷺ ومن بعده من خلفائه يشاهدونه فلا ينكرونه فدل على أنه شرع مستقر وإجماع منعقد. ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها جاز لهم الارتفاق بهوائها.

فإن قيل أليس الإنسان ممنوع من وضع ساريه في الطريق وبناء دكة وإن كان ذلك مرفقاً والعمل به جارياً فكذلك الجناح. قيل السارية والدكة مضر بالناس لما فيه من تضايق الطريق عليهم.

ولأنهم ربما ازدحموا فأضربهم أو سقط عليه ضرير لا يبصر فتأذى وليس كذلك

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٧٩٣).

الجناح في الهواء، فأما إن كان الجناح مضراً بالمارة والمجتازين قلع، ولم يقر، وأمر الإمام بهدمه وإن لم يختصم الناس إليه فيه.

وقال أبو حنيفة: إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه، وإن لم يخاصم تركه لأن الإمام حاكم وليس بخصم، والحاكم لا يحكم إلا لطالب وهذا الذي قاله خطأ لأمرين:

أحدهما: أن الإمام مندوب لإزالة المنكر والنيابة عن كافة المسلمين في أبواب المصالح فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر.

والثاني: أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى الرضا به في الترك وكذا ما لا يجوز إقراره لا يفتقر إلى إنكاره في القلع. وليس هذا من طريق الحكم فلا يحكم إلا لخصم لأن الخصم فيه لا يتعين فإنما كافة الناس فيه شرع واحد.

فإذا وجب قلعه فبذل صاحبه مالاً صلحاً على تركه لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه صلح على إقرار منكر. **والثاني**: أنه صلح على الهوى.

فأما حد ما يضر مما لا يضر فمعتبر بالعرف والعادة ومختلف باختلاف البلاد.

وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: حد الضرر أن لا يمكن الفارس أن يجتاز تحته برمح قائم وحكى نحوه عن شريح.

وهذا التحديد ليس بصحيح لأن الرماح مختلفة في الطول والقصر. ولأن هذا يؤدي إلى أن لا يخرج أحد جناحاً لأن الرمح قد يعلو على المنازل في أكثر البلاد.

ولأنه لا مضرة على صاحب الرمح في الاجتياز برمحه مائلاً. وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد. فإن كان البلد قد تجتاز في طرقه الجمال التي عليها الكبائس والغماريات وذلك أعلى ما يجتاز في الطرقات فحد الإضرار أن لا يمكن اجتياز الكبائس والغماريات تحته وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر.

فإن كان البلد مما لم تجر عادة الكبائس والعماريات أن تجتاز به وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز فيه فحدا الإضرار فيها أن لا يمكن اجتياز الجمال المحملة تحته. وإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الجمال المحملة فيه وجرت عادة الفرسان بالاجتياز فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الفارس تحته. فإن أمكن فليس بمضر، وإن لم تجر

عادة البلد باجتياز الفرسان فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الرجل التام إذا كان على رأسه حمولة مستعلية فإذا ثبت ما وصفنا فحد الإضرار معتبر بما ذكرنا.

فصل

فإن كانت الطريق غير نافذة فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها سواء كان الجناح مضراً أو غير مضر.

لأن الطريق التي لا تنفذ مملوكة بين جميع أهلها وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز، فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح كالأرض المشتركة أو الطريق المستحقة.

فإن صالح أهل الطريق على مال في إقرار الجناح لم يجز لأنه صلح على الهوى. إلا أن يتصل بالعرضة كبناء بعضه في عرضة الطريق ثم يرفعه فيجوز.

ويكون ذلك بيعاً منهم بقدر حقوقهم من العرضة التي حصل فيها البناء فلو أذنوا جميعاً له في إخراج الجناح جاز مضراً كان أو غير مضر. لأنه حق قد تعين لهم لا يشركهم فيه غيرهم وليس كالطريق النافذة التي يشترك فيها الكافة فلو رجعوا بعد إذنهم، فإن كان رجوعهم بعد إخراج الجناح لم يكن لرجوعهم تأثير وكان له إقرار الجناح ما بقي. وإن كان قبل إخراجه بطل ما تقدم من الإذن فكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن وكذا لو رجع أحدهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنْ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا دَاراً فِي يَدَيْ رَجُلٍ فَقَالاَ وَرِثْنَاهَا عَنْ أَبِينَا فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِنِصْفِهَا فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ الذي أَقَرَّ لَهُ بِهِ عَلَى شَيْءٍ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِيهِ (قَالَ الْمَزنِيُّ) قُلْتُ أَنَا يَنْبَغِي فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ يَبْطُلَ الصَّلْحُ أَقْرَبَ فِي حَقِّ أَخِيهِ لأَنَّهُ صَارَ لأَخِيهِ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنَّ يَكُونَ صَالَح بِأَمْرِهِ فَيَجُوزُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها في أخوين ادعيا داراً في يد رجل ميراثاً عن أبيهما أو نسبا ذلك إلى جهة يستويان فيها غير الميراث كقولهما ابتعناها من زيد أو استوهبناها من عمرو فيكون حكم هذا وحكم الميراث سواء لأنهما نسبا ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها. وإذا كان كذلك فلصاحب اليد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقهما ويقر لهما فيلزمه بإقراره تسليم الدار إليهما. **والحال الثانية**: أن يكذبهما وينكرهما فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن للأخوين بينة. فإن نكل عن اليمين ردت على الأخوين فإن حلفا كانت الدار بينهما نصفين، وإن نكلا أقرت الدار في يد المدعى

عليه. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان نصف الدار للحالف بيمينه لا يشاركه أخوه في شيء منها والنصف الآخر مقر في يد المدعى عليه.

والحال الثالثة: أن يصدق أحدهما على نصفها ويكذب الآخر فعليه اليمين لمن أنكره وينزع النصف الذي أقر به فيكون بين المقر له وبين أخيه نصفين.

وإنما كان كذلك لأنهما نسبا دعواهما إلى جهة يستويان فيها ويشتركان فيما ملكاه بها وكان إنكاره النصف لأحدهما يجري مجرى غصبه شيئاً من تركة أبيها.

ولو غصب من تركة أبيهما قبل القسمة واحد من عبدين أو داراً كانت الدار الباقية والعبد الباقي بينهما والمغصوب بينهما.

فإن قيل أليس لو أنكرهما ونكل فحلف أحد الأخوين ونكل الآخر كان النصف للحالف لا يشاركه فيه الناكل؟

قيل نعم والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الناكل سقط حقه بنكوله إذ قد كان يمكنه أن يصل إليه بيمينه وليس كذلك في الإقرار. **والثاني:** أنه قد تقرر في الأصول أن أحد لا يستحق بيمين غيره شيئاً وليس كذلك في الإقرار.

فصل

فإذا ثبت أن النصف المقر يكون بين الأخوين معاً فصالح الأخ المقر له بالنصف للمقر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه على حقه وهو الربع فالصلح جائز والشفعة فيما صالح من الربع واجبة وفيها قولان:

أحدهما: أنها تجب لأخيه المشارك في نصف الدار دون المقر. **والقول الثاني:** أنها تجب لأخيه وللمقر الذي صولح. فلا يكون للأخ أن ينزع من المصالح إلا قدر حقه، وفي حقه قولان:

أحدهما: أنه بينهما نصفان. **والثاني:** أنه بينهما على قدر المالين أثلاثاً. وسنذكر توجيه القولين في كتاب الشفعة إن شاء الله.

والضرب الثاني: أن يصالحه على جميع النصف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه بإذن أخيه فالصلح في النصف كله جائز ويكون المال الذي وقع الصلح به بين الأخوين نصفين.

والضرب الثاني: أن يصالحه بغير إذن أخيه فيكون الصلح في حق أخيه وهو الربع باطلاً. وهل يبطل في حق نفسه أم لا على قولين من تفريق الصفقة: **أحدهما**: يبطل. **والثاني**: لا يبطل.

ويكون المصالح بالخيار بين فسخ الصلح واسترجاع العوض إلا أن يأذن الأخ إلى أخذه بالشفعة وبين أن يقيم على الصلح في حقه وبماذا يقيم عليه على قولين.

أحدهما: بجميع العوض وإلا فسخ. **والثاني**: وهو أصح يقيم عليه بحسابه وقسطه وهو النصف.

فصل

فأما الإمام المزني فإنه نقل كلاماً محتملاً وتأوله تأويلاً فاسداً ثم اعترض عليه بما لو صح تأويله لصح اعتراضه وهو أنه نقل عن الشافعي:

إذا أقر لأحدهما بنصفه فصالحه من ذلك على شيء كان لأخيه أن يدخل معه فيه.

فتأوله على أن الشافعي أجاز صلحه في جميع النصف ثم جعل أخاه شريكاً له في مال الصلح، فاعترض عليه بأن قال: يجب أن يبطل الصلح في حق أخيه، وهذا وهم من المزني في تأويله، لأن مراد الشافعي بقوله كان لأخيه أن يدخل معه فيه: يعني في النصف من الدار لا في النصف من المال والجواب في الصلح على ما شرحنا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتِ المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا نِصْفَهَا فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِالنِّصْفِ وَجَحَدَ للآخَرِ لَمْ يَكُنْ للآخَرِ فِي ذَلِكَ حَقٌّ وَكَانَ عَلَى خصُومَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى أخوان داراً في يد رجل ولم ينسباها إلى أنهما ملكاها بسبب واحد فأقر المدعى عليه لأحدهما بالنصف وأنكر الآخر فعليه اليمين لمن أنكر وينفرد المقر له بالنصف لا يشاركه الآخر فيه؛ لأنه لا تعلق لملك أحدهما بالآخر.

وهكذا لو ادعياها ميراثاً مقبوضاً قد استقر ملكهما عليها بالقسمة والقبض فصدق أحدهما على النصف وأنكر الآخر تفرد المقر له بالنصف ولم يشاركه الآخر فيه.

كما لو لم يضيفا ذلك إلى سبب واحد لأن الميراث إذا استقر ملكه بالقسمة والقبض

لم يتعلق ملك أحدهما بالآخر. ألا ترى لو اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما إحدى الدارين ثم غصبت إحدى الدارين من أحدهما انفرد الآخر بالباقية من غير أن يشاركه فيها أخوه. ولو غصبت قبل القسمة لشاركه فيها كذلك في الإقرار إذا صدق أحدهما على النصف قبل القسمة شاركه الآخر فيه. وإن صدقه بعد القسمة لم يشاركه الآخر فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ أَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ الدَّارِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يُقِرَّ للآخَرِ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفَ فَلَهُ الكُلُّ وَإِنْ كَانَ أَقَرَّ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفُ ولأَخِيهِ النِّصْفُ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَرْجِعَ بِالنِّصْفِ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ادعى الأخوان داراً في يد رجل فاعترف المدعى عليه لأحد الأخوين بجميع الدار وأنكر الآخر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينسبا تلك إلى جهة واحدة يستويان فيها فتكون الدار للأخوين معاً.

والضرب الثاني: أن لا ينسباها إلى جهة يتساويان فيها فللمقر له حالان:

حال يقبل الإقرار بجميعها، وحال لا يقبل، فإن لم يقبل الإقرار بجميعها كان له النصف الذي ادعاه، فأما لنصف الآخر الذي أقر له به ولم يقبله ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون مقراً في يد المدعى عليه ويكون المكذب خصماً له فيه لأنه لم يستحق أخذه مع أن يده عليه. **والوجه الثاني**: أنه ينزع النصف من يده ويوضع على يد حاكم حتى إذا ثبت عنده مستحقه سلمه إليه لأن إقراره أوجب رفع يده. **والثالث**: أنه يدفع إلى مدعيه لأنه خصم له فيه، وإن قبل مدعي النصف الإقرار بالكل انتزع الكل من المدعي عليه ثم نظر فإن كان المقر له قد حفظ عليه تصديق أخيه في إدعائه النصف أما قبل الإقرار له أو بعده لزمه تسليم النصف إلى أخيه، بما تقدم من إقراره؛ لأن إقراره على غيره لا يلزم فإذا صار القبض إلى يده لزمه.

ألا ترى أن رجلاً لو أقر أن الدار التي في يد فلان مغصوبة من فلان لم يلزمه إقراره فلو صارت الدار إليه ببيع أو هبة أو ميراث لزمه إقراره ووجب عليه تسليم الدار إلى من أقر بغصبها منه فأما إن لم يكن مدعي النصف صدق أخاه في دعواه فله أن ينفرد بجميع الدار ولا حق فيها لأخيه إلا أن يستأنف الدعوى عليه فيصير خصماً له فيها.

فإن قيل: فهو إنما ادعى النصف فكيف يجوز أن يدفع إليه الكل ويزاد على ما ادعاه قيل قد اختلف أصحابنا. فكان بعضهم لأجل هذا السؤال يقول: إن المسألة مقصورة على

أنه ادعى نصفها ملكاً وباقيها يداً، فإذا أقر له بالجميع دفع إليه بدعوى الملك واليد ولو لم يدع هذا لم يدفع إليه إلا النصف.

وقال جمهور أصحابنا: بل يدفع إليه جميعها وإن لم يدع سابقاً إلا نصفها لأنه ليس بمنكر أن يكون له جميع الدار فيدع نصفها لأمور: منها: أن يكون نصفها مصدق عليه فلم يَدَّعيه ونصفها منازع فيه فادعاه. ومنها: أن يكون له بنصفها بينة حاضرة وبنصفها بينة غائبة فيدعي نصفها لتشهد به البيّنة الحاضرة ويؤخر الدعوى في النصف الآخر إلى أن تحضر البيّنة الغائبة.

ومنها: أن يدعي ما لا منازعة له فيه استثقالاً للخصومة وهي تأخير النزاع. فلهذه الأمور صح إذا ادعى النصف أن يدفع إليه الجميع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى دَارٍ أَقَرَّ لَهُ بِهَا بِعَبْدٍ قَبَضَهُ فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ رَجَعَ إِلَى الدَّارِ فَأَخَذَهَا مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ادعى عليه داراً في يده فأقر بها ثم صالحه منها على عبد فاستحق العبد فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون العبد معيناً فالصلح باطل كما لو ابتاع داراً بعبد فاستحق العبد. وله أن يرجع بالدار كما يرجع به البائع.

إلا أن يستأنف صلحاً ثانياً وكذا لو كان العبد مرهوناً أو مكاتباً أو مات قبل قبضه. ولا يبطل الصلح لو كان مدبراً أو موصى بعتقه أو معتقاً بصفة.

والضرب الثاني: أن يكون العبد غير معين موصوف في الذمة، فالصلح لا يبطل باستحقاقه وعليه أن يأتي بعبد على مثل صفته كما لو استحق العبد المقبوض في المسلم.

ولو كان العبد معيناً فقتل قبل قبضه ففي بطلان الصلح بقتله قولان ذكرناهما في البيوع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ وَقْتاً فَهِيَ عَارِيَّةٌ إِنْ شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا ادعى عليه داراً فاعترف بها ثم صالحه على أن يسكنها المقر سنة كان الصلح باطلاً. لأن الصلح إنما يصح إذا عاوض على ما يملك بما لا يملك. وهذا قد عاوض على ملكه بملكه لأن من ملك داراً ملك سكناها.

فإن قيل أفليس لو صالحه على نصفها جاز، قيل قد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يجوز للعلة التي ذكرناها. **والثاني**: يجوز.

والفرق بينهما أن الصلح عن النصف هبة، والهبة لازمة فصار الصلح بها لازماً والصلح على السكنى عارية والعارية غير لازمة فصار الصلح بها غير لازم، فإذا ثبت أن هذا الصلح باطل فلمالك الدار أن يسكنه إياها إن شاء وله أن يخرجه منها متى شاء كالدار العارية ولا أجرة عليه.

فلو جعل الصلح على السكنى شرطاً في إقراره فقال: قد أقررت لك بهذه الدار على أن أسكنها سنة بطل اشتراط السكنى والصلح عليه. فأما الإقرار فقد اختلف أصحابنا فيه: فذهب أبو علي بن خيران إلى بطلانه لكونه إقراراً مقيداً بشرط. وذهب سائر أصحابنا إلى صحة الإقرار ولزومه لأنه إقرار بشرط في عارية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ سَنَةً فَبَاعَهُ الْمَوْلَى كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فِي أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ وَتَكُونَ الْخِدْمَةُ عَلَى الْعَبْدِ لِلْمُصَالِحِ أَوْ يَرُدُّ الْبَيْعَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا صالح المقر بالدار على خدمة عبد معين سنة جاز الصلح. لأن المقر عاوض على الدار بما ملكه من خدمة العبد.

وصار المقر له بالدار مستأجراً للعبد سنة بالدار التي قد ملكها بالإقرار.

فلو باع المولى عبده قبل مضي السنة كان الصلح على حاله وفي البيع قولان: **أحدهما**: باطل لأن تسليمه غير مستحق كالبيع بشرط تأخير القبض. **والقول الثاني**: وهو أصح أن البيع جائز لأن استحقاق المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة.

فعلى هذا إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وإن كان جاهلاً بها فله الخيار بين الفسخ والمقام، ويمكن المصالح منه إلى انقضاء مدة الخدمة، ولا رجوع له على البائع بشيء من أجرتها، لأنها مستحقة قبل عقده.

أما إذا ابتاعه المصالح فالبيع جائز قولاً واحداً، إلا أن في قبضه وانفساخ الإجارة وجهان: **أحدهما**: لا تنفسخ كما لو باعه على غيره فعلى هذا لصلح على حاله، **والوجه الثاني**: أنها قد انفسخت كما لو تزوج أمته ثم ابتاعها بطل النكاح المتقدم بالبيع الطارىء.

كذا تبطل الإجارة السالفة بالبيع الحادث فعلى هذا قد بطل الصلح وملك العبد بالبيع.

فصل

فأما إذا أعتق السيد عبده الذي صالح بخدمته فعتقه نافذ.

لأنه صادف ملكاً تاماً فلم يمنع استحقاق المنفعة كعتق الأمة المزوجة، وعلى العبد المعتق خدمة المصالح باقي السنة، وهل له أن يرجع على سيده الذي أعتقه بأجرة الخدمة بعد عتقه على قولين:

أحدهما: يرجع عليه بأجرته فيما بقي من المدة بعد عتقه لأن نفوذ عتقه يمنع من استحقاق منافعه فصار كالأخذ لها بغير حق فضمن كالغاصب.

والقول الثاني: لا رجوع له بشيء لأن عتق السيد أزال ما كان مالكاً له وخدمة العبد، تلك السنة لم يكن السيد مالكاً لها فلم يتعلق حكم العتق بها ولم يستحق العبد رجوعاً بسببها كالأمة المزوجة إذا عتقت لم تستحق الرجوع على سيدها بالمهر.

فصل

فأما إذا كاتبه السيد فالكتابة باطلة لأنه لا يقدر على التصرف لنفسه ولا على تملك كسبه ولكن لو دبره صح التدبير. وكذلك لو أعتقه بصفة.

فأما إذا أجره من غير المصالح فالإجارة باطلة لأن ما توجه إليه عقد الإجارة مستحق من قبل، وإن عقد على ما بعد السنة فهو باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض.

أما إذا رهنه فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من أجرى الرهن مجرى البيع فعلى هذا يخرج على قولين:

ومنهم من أجرى ذلك مجرى الإجارة لأنه في الحال متوجه إلى المنفعة، فعلى هذا يكون باطلاً قولاً واحداً فأما إذا وهبه ففيه قولان كالبيع سواء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ العَبْدُ جَازَ مِنَ الصُّلْحِ بِقَدْرِ مَا اسْتُخْدِمَ وَبَطُلَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مات العبد الذي صالحه على الدار بخدمته سنة لم يخل حال موته من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يموت في الحال قبل مضي المدة أو شيء منها فالصلح قد بطل لتلف العوض فيه قبل قبضه كتلف الثمن المعين قبل القبض، وللمصالح أن يرجع بالدار كما يرجع البائع بالبيع.

والحال الثانية: أن يموت بعد مضي السنة كلها فالصلح قد تم وحكمه قد انبرم وموت العبد غير مؤثر فيه لاستيفاء المعقود عليه قبل موته.

والحالة الثالثة: أن يموت بعد مضي بعض المدة وبقاء بعضها فالصلح قد بطل فيما بقي من المدة لفوات قبضه بالموت، وأما فيما مضى من المدة المستوفاة فهو على اختلاف أصحابنا في الفساد في بعض الصفقة إذا طرأ بعد العقد هل يجري مجرى الفساد المقارن للعقد. فذهب أبو إسحاق المروزي أنه يجري مجرى الفساد المقارن للعقد، فجعل بطلان الصلح فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

أحدهما: قد بطل الصلح فيما بقي ووجب على المصالح أجره ما استخدم فيما مضى من المدة وله استرجاع الدار.

والقول الثاني: لا يبطل لكن يكون بالخيار بين الفسخ والمقام فإن فسخ رجع بالدار وغرم أجرة ما مضى من المدة، فإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

وقال جمهور أصحابنا إن الفساد الحادث بعد العقد مخالف للفساد المقارن للعقد لسلامة الصفقة عند عقدها، فيكون الصلح فيما مضى من المدة جائزاً قولاً واحداً.

فعلى هذا. هل للمصالح خيار فيه أم لا؟ على وجهين: **أحدهما**: لا خيار له لاستقرار قبضه وفوات رده، فعلى هذا يقيم على ما مضى من المدة بحسابه من الصلح وقسطه ويرجع من الدار بقسط ما بقي من المدة.

والوجه الثاني: له الخيار لأنه عاوض على مدة كاملة وصفقة سليمة فكان النقص فيها غبناً موجباً للخيار كالنقص في الأعيان، فعلى هذا يكون بالخيار بين أن يفسخ الصلح فيما مضى وبين أن يقيم.

فإن فسخ فيما مضى غرم مثل أجرة تلك المدة واسترجع الدار كلها، وإن أقام فعلى قولين: **أحدهما**: يقيم على ما مضى بجميع الصلح. **والثاني**: بحسابه وقسطه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا تَدَاعَى رَجُلانِ جِدَاراً بَيْنَ دَارَيْهِمَا فَإِنْ كَانَ مُتَّصِلاً بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا اتِّصَالِ الْبُنْيَانِ الَّذِي لاَ يَحْدُثُ مِثْلُهُ إِلاَّ مِنْ أَوَّلِ الْبُنْيَانِ جَعَلْتُهُ لَهُ دُونَ الْمُنْقَطِعِ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بَعْدَ كَمَالِ بُنْيَانِهِ مِثْلَ نَزْعِ طُوبَةَ وَإِدْخَالِ أُخْرَى أَحْلَفْتُهُمَا

بِاللَّهِ وَجَعَلْتَهُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَوْصُولٍ بِوَاحِدٍ مِنْ بِنَائِهِمَا أَوْ مُتَّصِلاً بِبِنَائِهِمَا جَمِيعاً جَعَلْتَهُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ أَحلفَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: وصورتها: في حائط بين دارين تنازعه المالكان وقال كل واحد منهما هو لي دونك ولا بينة لواحد منهما على دعواه.

فلا يخلو حال الحائط من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون متصلاً ببنائهما أو يكون منفصلاً عن بنائهما أو يكون متصلاً ببناء أحدهما منفصلاً عن بناء الآخر.

فإن كان متصلاً ببنائهما أو منفصلاً عن بنائهما فهما في الحكم سواء على ما نذكره.

وإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر واتصاله هو أن يكون بناء أحدهما قد اتصل ببنية الحائط على ما لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء فصارت حائطين أحدهما المعارضة مسندة بالحائط المتنازع فيه سواء كان اتصال تربيع أم لا؟

وقال أبو حنيفة: اتصال البناء أن يكون تربيع دار أحدهما مسندة بالحائط المتنازع فيه ولا يكون اتصال بعض الحدود مؤثراً.

وهذا خطأ، لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعاً لا يمكن إحداثه أزج أو قبة نظر في الحائط فإن كان قد بني من أساسه متعرجاً على ما جرت به عادة بعض القباب والأزاج فهذا اتصال.

لأن هذا التعريج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

وإن لم يكن بناء الحائط متعرجاً فالأزج المبني عليه والقبة لا يكون متصلاً بالحائط كله لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن فصار كالأجذاع. لكن ما كان من أعلى الحائط خارجاً عن تعريج القبة والأزج فهو لصاحب القبة والأزج، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط في حكم المنفصل غير المتصل وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهي طولاً إلى أن يتجاوز ملك أحدهما ولا يتجاوز ملك الآخر مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعاً وعرصة أحدهما عشرة أذرع وعرصة الآخر عشرون ذراعاً فيتنازعان من الحائط ما كان بين عرصتيهما معاً دون القدر المجاوز فقد اختلف أصحابنا هل يكون هذا في حكم المتصل أو المنفصل، على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم المتصل لأن ما اتصل بعرضه في بناء أحدهما بمثل ما اتصل

بطوله. **والوجه الثاني**: أن لا يكون متصلاً ويكون في حكم المنفصل لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا وكان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو لمن اتصل ببنائه بعد أن يحلف لصاحبه وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن اتصاله بما له تصرف فيه يد وصاحب اليد المتصرفة أحق من غيره كمن نوزع شيئاً في يده.

والثاني: أن اتصاله بملكه دليل على تملكه كمن نوزع بناء في أرضه كان لصاحب الأرض دون منازعة، ثم لزمته اليمين لأن هذا دال على الملك وليس بموجب له فلزمت فيه اليمين كاليد.

فصل

فأما إذا كان متصلاً ببنائيهما أو منفصلاً عن بنائيهما فهما فيه سواء ويتحالفان عليه.

وهل يكون الحاكم مخيراً في الابتداء بإحلاف أيهما شاء أو يقرع بينهما؟ على وجهين: **أحدهما**: يكون مخيراً لاستوائهما. **والثاني**: يقرع بينهما لانتفاء التهمة عنه. وفي قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين، أنه يحلف على نصفه لأنه يحلف على ما يصير إليه بيمينه والذي يصير إلى كل واحد منهما النصف. **والوجه الثاني**: وهو قول جمهور أصحابنا أنه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه.

ثم على كلا الوجهين لا بد أن يتضمن يمينه النفي والإثبات؛ لأنه ينفي ملك غيره ويثبت ملك نفسه.

ولكن اختلف أصحابنا هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفي والإثبات أو يحتاج إلى يمينين أحدهما للنفي والأخرى للإثبات على وجهين:

أحدهما: أنه يحلف يميناً واحداً تتضمن النفي والإثبات لأنه أفضل للقضاء وأثبت للحكم. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي بن خيران وطائفة أنه يحلف يمينين أحدهما للنفي لأنه منكر بها، والثانية للإثبات لأنه مدعٍ بها.

فإذا ثبت ما وصفنا لم يخل حالهما من ثلاثة أحوال:

إما أن يحلفا معاً فيجعل الحائط بينهما بأيمانهما.

أو ينكلا معاً فيمنعان من التخاصم ولا يحكم لواحد منهما بملك شيء منه ويحكون الحائط موقوفاً على ما كان عليه من قبل.

أو يحلف أحدهما وينكل الآخر فيحكم به للحالف منهما دون الناكل.

وهكذا لو حلف أحدهما يمينين على أحد الوجهين وحلف الآخر يميناً واحدةً حكم به للحالف بيمينين وكان الحالف يميناً بمثابة الناكل لأن يمينه لم تكمل، فلو أقام الناكل بينة كان أحق ببينته من يمين صاحبه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَنْظُرُ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الخَوَارِجِ وَلاَ الدَّوَاخِلِ وَلاَ أَنْصَافُ اللَّبْنِ وَلاَ مَعَاقِدُ القِمْطِ لأَنَّهُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا دَلاَلَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والدواخل هي وجوه الحيطان، والخوارج هي ظهور الحيطان وأنصاف اللبن فيه تأويلان حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: أن تكون كسور أنصاف اللبن إلى أحدهما والصحيح منه إلى الآخر.
والثاني: أنه إفريز يخرجه البنَّاء في أعلى الحائط نحو نصف لبنة ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره.

وأما معاقد القمط فتكون في الأخصاص وهي الخيوط التي يشهد بها الخص؛ لأن القمط جمع قماط وهو الخيط. فإذا تنازع جاران حائطاً بينهما وكان إلى أحدهما الدواخل وأنصاف اللبن لم يكن ذلك دليلاً على ملكه.

وكذلك لو ادعى خصاً وكان إلى أحدهما معاقد القمط لم يكن ذلك دليلاً على ملكه وهو قول أبي حنيفة. وجعل أبو يوسف ومحمد هذه دلائل على الملك وهو قول بعض أهل المدينة.

استدلالاً بما روي أن رجلين تنازعا جداراً بينهما فأمر النبي ﷺ حذيفة أن يحكم فحكم بالجدار لمن إليه معاقد القِمْطِ فقال النبي ﷺ «أَصبتَ»[1].

قالوا: لأن العادة جارية في بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه وظهوره إلى غيره ومعاقد الخص تكون إلى مالكه فوجب أن يحكم بظاهر العادة.

كما يحكم بها في اتصال البنيان.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب الرجلان يدعيان في خص (٢٣٤٣).

وهذا خطأ لعموم قوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ». ولأن هذه أمور قد يقصد بها في البناء الجمال.

فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه، وأحسنه إلى منزله، وربما أحب أن يجعله خارجاً فيما يراه الناس.

فلم يجز مع اختلاف العادة فيه في سائر الأغراض أن يجعل دالاً على الملك كالتزاويق والنقش لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلاً على ملكه كذلك ما ذكرناه.

فأما الجواب عن الخبر فهو أنه ضعيف لأن راوية دهثم بن قران وهو مرغوب عنه. فإن صح لم يكن فيه دلالة؛ لأنه لم يجعل معاقد القمط علة في الحكم وإنما جعل تعريفاً لمن حكم له كما لو قيل حكم للأسود لم يدل على أن السواد علة للحكم وإنما يكون سمة وتعريفاً لمن وجب له الحكم؛ وأما ادعاؤهم العرف لمعتاد فيه فغير صحيح لما ذكرنا من اختلاف الأغراض فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ وَلاَ شَيْءَ لِلآخَرِ عَلَيْهِ أَحْلَفْتُهُمَا وَأَقْرَرْتُ الْجُذُوعِ بِحَالِهَا وَجَعَلْتُ الجِدَارِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَرْتَفِقُ بِجِدَارِ الرَّجُلِ بِالجُذُوعِ بِأَمْرِهِ وَغَيْرِ أَمْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا تنازع الجاران حائطاً بينهما وكان لأحدهما عليه جذوع فهما فيه سواء.

قال أبو حنيفة: صاحب الجذوع أحق به إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعداً فإن كانت أقل من ثلاثة وكان بدل الجذوع متصلاً فيهما فيه سواء استدلالاً بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء؛ لأن وضع الجذوع يثبت يداً وارتفاقاً واتصال البناء يثبت أحدهما وهو الارتفاق دون اليد فلما كان اتصال البناء إلا على الملك كان وضع الجذوع أولى بأن يدل على الملك. ولأن وضع الجذوع تصرف في الملك فوجب أن يكون دالاً على الملك كالأزج والقبة. ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجري مجرى ركوب الدابة وقد ثبت أن دابة لو تنازعها راكبها وأخذ بلجامها كان راكبها أحق بها ممن هو آخذ بلجامها فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره، كان صاحب الجذوع أحق.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه هو أن كل ما لم يكن قليله دالاً على الملك لم يكن كثيره دالاً على الملك كالقصب والرفوف.

ولأن ما أمكن إحداثه بعد كمال البناء لم يكن دالاً على ذلك البناء كالجص والنقش.

ولأنه لو كان بين صاحب الأجذاع والحائط طريق نافذة كالساباط لم يكن وضع أجذاعه فيه دليلاً على ملكه له، كذلك إذا اتصل بملكه.

لأن وضع الجذوع لو كان يداً لاستوى الأمران في الاتصال بالملك والانفصال عنه. ولأن وضع الأجذاع في الحائط قد يكون بالملك تارة وبالإذن أخرى وبالحكم على ما نذكره تارة. فلم يجز مع اختلاف أسبابه أن يكون مقصوراً على أحدهما في الاستدلال به على الملك.

فأما الجواب عن استدلاله باتصال البنيان فهو أن ذلك مما لا يمكن حدوثه بعد كمال البنيان فجاز أن يدل على الملك لافتراقه به. وليس كذلك الجذوع. وبمثله يكون الجواب عن الأزج والقبة إن كان مما لا يمكن حدوث مثله بعد البنيان.

وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقائدها فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنهما في الدابة سواء تكون بينهما نصفين فعلى هذا يسقط الاستدلال به. **والوجه الثاني**: أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها.

والفرق بين ذلك وبين وضع الجذوع وتركيبها على الحائط من وجهين:

أحدهما: أن الإجماع مانع من ركوب دابة الإنسان إلا بإذنه، فجاز أن يكون ركوبها دليلاً على ملكه. والخلاف منتشر في أن للإنسان أن يضع أجذاعه جبراً في حائط غيره فلم يكن وضعها دليلاً على ملكه.

والثاني: أن الركوب لما كان تصرفاً لا يختلف حكمه بين وجوده في الملك وغير الملك جاز أن يكون دليلاً على الملك.

ولما كان وضع أجذاع الساباط الذي لا يتصل بالملك لا يدل على الملك لم يكن وضع الأجذاع دالاً على الملك.

فإذا تقرر أن وضع الجذوع لا يدل على الملك فإنهما يتخالفان ويجعل بينهما وتقر الجذوع على ما كانت عليه لأنه يجوز أن يكون وضعها بحق وإن لم يملك الحائط.

فصل

فأما إذا تنازعا حائطاً في عرصة هي لأحدهما فإنه يكون لصاحب العرصة لأن يده عليه. وهكذا لو تنازعا علو حائط أسفله لأحدهما كان لصاحب السفل مع يمينه لما ذكرنا

من ثبوت اليد، ولكن لو تنازعا عرضه حائط هو لأحدهما ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنها تكون لصاحب الحائط لأن تصرفه فيها أظهر. **والوجه الثاني**: أنهما فيها سواء كوضع الجذوع.

وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط هل يدخل قراره في إقراره أو باع حائطاً هل يدخل قراره في بيعه على وجهين.

فصل

فأما قول الشافعي رضي الله عنه لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره.

فقد روي في القديم حديث عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ»[1] قال أبو هريرة مَا لِي أَرَكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

فكان يذهب في القديم إلى أن للجار أن يضع أجذاعه في جدار جاره جبراً بأمره وغير أمره، وبه قال مالك تعلقاً بهذا الحديث. ثم رجع عنه في الجديد وقال ليس له أن يضع أجذاعه في جدار جاره إلا بأمره كما ليس له أن يتصرف في غير ذلك من الأملاك التي لجاره إلا بأمره.

ولأن الشريك في الملك أقوى من جار الملك وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف، فالجار أولى، وهذا قول أبي حنيفة. فعلى هذا يكون حديث أبي هريرة محمولاً على أحد وجهين:

أحدهما: أن يحمل على الاستحباب والندب لا على الوجوب والحتم. **والثاني**: أنه محمول على الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع أجذاعه في حائطه وإن كان مضراً بالجار في منع ضوء أو إشراف ليكون موافقاً للأصول.

فإن قيل لِمَ قال الشافعي في القديم لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره؟ وهو في الجديد لا يقول هذا، قلنا فيه تأويلان:

---

(١) أخرجه البخاري في المظالم والغضب، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره (٢٤٦٣)، ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار (١٦٠٩)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في الرجل يضع على حائط جاره خشباً (١٣٥٣).

أحدهما: بأمره يعني مجاهراً وبغير أمره يعني ساتراً. **والثاني**: بأمره يعني باختيار وبغير أمره يعني بإجبار من يرى ذلك من القضاة والحكام. فإذا تضرر ما ذكرنا فإن قلنا بوجوب ذلك عليه على مذهبه في القديم لم يكن له منع جاره من وضع أجذاعه في جداره. وكان للجار أن يضع في الجدار ما احتمله من الأجذاع ولو صالحه من وضع الأجذاع على عوض لم يجز لوجوب ذلك عليه ومن وجب عليه حق له يجز أن يعتاض عليه.

ولو انهدم الحائط لم يلزم مالكه أن يبنيه إلا باختياره. فإن بناه كان للجار أن يعيد أجذاعه فيه. ولو أراد الجار بناء الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه كان له ذلك ليصل بذلك إلى حقه من وضع أجذاعه فيه، وإذا قلنا بقوله في الجديد إن ذلك ليس بواجب وهو القول الصحيح. فليس للجار أن يضع أجذاعه في الجدار إلا بإذن مالكه واختياره ويجوز للمالك أن يأذن له فيه بعوض وغير عوض، لأن ما لا يملك عليه يجوز أن يعاوض عليه إذا كان معلوماً، فإن أذن فيه بغير عوض كانت عارية وجاز أن لا يشترط عدد الأجذاع ولا يعلم طولها ولا موضع تركيبها، لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها.

ثم ليس له أن يرجع في العارية ما بقي الحائط لأن موضع الأجذاع يراد للاستدامة فكان إطلاقه الإذن محمولاً عليه، كمن أعار أرضه لدفن ميت لم يكن له الرجوع في عاريته وإخراج الميت منها بعد دفنه ولكن لو انهدم الحائط وأعاده مالكه فهل لصاحب الأجذاع أن يعيد وضعها فيه بالإذن المتقدم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك لأنه صار مستحقاً على التأبيد كما لو كان الأول باقياً. **والوجه الثاني**: وهو أصح ليس له ذلك إلا بإذن مستحدث. لأن حكم العارية قد انقطع بانهدام الحائط، ولأنه إنما استحق تأبيد ذلك لما في نزعها من الأضرار به وقد لحقه ذلك بإنهدامه. ولكن لو أعار أرضاً لدفن ميت فنبشه سبع أعيد دفنه فيها من غير إذن ستحدث وجهاً واحداً.

ولو أكله السبع لم يجز أن يدفن غيره فيها إلا بإذن جديد لذهاب من كان مستحقاً لمنفعة العارية.

ولو كان قد أذن له في وضع جذع في حائطه فانكسر الجذع كان له إعادة غيره. والفرق بينه وبين الميت أن المنع من الرجوع في عارية القبر لحرمة الميت، فإذا أكله السبع انقضت حرمته عن المكان.

والمنع من الرجوع في موضع الأجذاع لما يلحقه من الضرر بانهدام السقف وهذا موجود بعد انكسار الجذع، فأما إذا أخذ منه على وضع أجذاعه عوضاً فلا يصح إلا بعد معرفة عدد الأجذاع وطولها وامتلائها وموضعها من الحائط وقدر دخولها فيه. لأن المعاوضة

تحرس من الجهالة ثم اختلف أصحابنا فيه إذا انتفت الجهالة عنه هل يكون بيعاً أو إجارة، على وجهين:

أحدهما: يكون بيعاً وهذا قول أبي حامد المروزي. فعلى هذا يصح على التأييد من غير اشتراط مدة فيه ومتى انهدم الحائط ثم بني أعيد وجهاً واحداً، بخلاف العارية التي لا يمنع من صحتها الجهالة بمدة منفعتها.

والوجه الثاني: وهو عندي أصح أنه يكون إجارة ولا يكون بيعاً.

لأنه عقد على منفعة لا عين، فعلى هذا لا يصح إلا باشتراط مدة معلومة تتقدر بها المنفعة ويؤخذ بقلع ذلك عند انقضائها. وعلى الوجهين معاً إن قدر ذلك بمدة صح وكانت إجارة، وهكذا لو صالحه على إجراء مسيل ماء في أرضه فلا بد من تعيين موضعه وتقدير طوله وعرضه ثم إن قدر بمدة صح وكانت إجارة وإن لم يقدره كان على وجهين.

أحدهما: أنه يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأبيد.

والثاني: يكون باطلاً إذا قيل أنه يكون إجارة،

وأما إن صالحه على سقي ماشيته من عين أو بئر مدة معلومة لم يجز لأن قدر ما تشربه الماشية مجهول، وهكذا الزرع ولكن لو صالحه على نصف العين أو ثلثها جاز وكان بيعاً لا يحتاج إلى تقدير المدة فيه لأنه عقد على عين، ولو قدره بمدة خرج عن البيع إلى الإجارة فكان باطلاً لأن إجارة عين الماء منها لا يجوز.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أَجْعَلْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ كُوَّةً وَلا يَبْنِي عَلَيْهِ إِلا بِإِذْن صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين لم يكن لأحدهما أن يفتح فيه كوة ولا يضع فيه جذعاً ولا يسمّر فيه وتداً إلا بإذن شريكه. وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل في الحائط ما لا يضر به من فتح كوة وإيتاد وتد اعتباراً بالعرف المعتاد فيه بين الناس وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: أن تفرّد أحدهما بالتصرف في ذلك غير جائز. **والثاني**: أنه هدم بعض الحائط فلم يجز كالباب.

فإن قيل فهلا كان كوضع الجذوع فيه فيكون على قولين:

قيل: الفرق بينهما أن الحائط موضوع للحيلولة ووضع الأجذاع فيه لا يمنع من الحيلولة.

وفتح الكوة يمنع منها، فلو أذن أحدهما لصاحبه في فتح كوة ثم أراد سدها لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه؛ لأنه زيادة بناء على حائطه، والشريكان في الحائط لا يجوز لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه. وكلما لم يكن للشريك أن يفعله فأولى أن لا يكون للجار أن يفعله. فلو صالح جاره على فتح كوة في حائطه لم يجز لأنه صلح على الهواء والضوء ولو أن رجلاً فتح كوة في حائطه فأراد جاره أن يبني في وجهها حائطاً في ملكه يمنعه الضوء من الكوة جاز ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه لأنه متصرف في ملكه.

فصل

وإذا كان لرجل دار ظهرها إلى زقاق مرفوع فأراد أن يفتح من ظهر داره إلى الزقاق كوة أو ينصب شباك للضوء جاز ولم يمنع لأنه متصرف في ملكه، ولو أراد فتح باب إليه فإن كان يريد فتحه للاستطراق فيه لم يجز لأنه لا حق له في استطراق الزقاق المرفوع، وإن كان يريد فتحه لينصب عليه باباً ولا يستطرقه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه لو أراد هدم حائطه كله جاز فإذا أراد هدم بعضه فأولى بالجواز.

ولأنه لو أراد أن يحول بين داره والزقاق ببناء جاز، فكذلك إذا أراد أن يحول بينهما بباب، **والوجه الثاني**: لا يجوز لأنه يوهم بذلك عند تطاول الزمان أنه مستحق للاستطراق.

لأن الباب من شواهد استحقاقه وليس كذلك هدم بعض الحائط فيه.

فصل

وإذا كان في الزقاق المرفوع داران لرجلين إحداهما في أوله والأخرى في آخره فأراد صاحب الدار الأولى تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره.

فإذا أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له؛ لأنه قد كان يستحق الاستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها فصار تاركاً لبعض حقه.

وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق لم يكن له لأنه يصير متجاوزاً لحقه في الاستطراق، وقال بعض أصحابنا يجوز له ذلك ويجعل عرصة الزقاق كلها مشتركة بينهما تخريجاً من عرصة السفل، إذا تنازعها صاحب العلو والسفل على ما سنذكره.

فأما صاحب الدار التي في صدر الزقاق إن أراد تقديم بابه جاز إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره، وإن أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره فهو على اختلاف أصحابنا: هل عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا؟

فمن قال إنها مشتركة منع صاحب الصدر من إدخال ذلك في داره، ومن قال إنها ليست مشتركة وإن ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب الصدر جوز له ذلك.

وأما إن أراد صاحب الدار الأول أن يقر بابه في موضعه ويفتح دونه باباً ثانياً جاز ولم يمنع.

وقال أبو حنيفة: أمنعه من فتح باب ثان لأنه يستحق مدخلاً واحداً فلم يجز أن يتعدى إلى مدخلين.

وهذا خطأ لأنه مستحق للإستطراق فيه فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين. ولأن موضع الباب المتسحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز فكذا الباب.

فصل

وإذا كان لرجل داران متلاصقان وباب كل واحد منها إلى زقاق مرفوع فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين جاز.

ولو أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى غير نافذ ليستطرقه لم يجز.

وهو قول أبي حنيفة ومالك لأمرين:

أحدهما: أنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الاستطراق منه. **والثاني**: أن الزقاق مرفوع فيجعله بفتح الباب مستطرقاً غير مرفوع، والله أعلم بالصواب وخبرنا به الإمام أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من أصحاب الشافعي رضي الله عنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَسَّمْتُهُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَا إِنْ كَانَ عَرْضُهُ ذِرَاعاً أُعْطِيهِ شِبْراً فِي طُولِ الجِدَارِ ثُمَّ قُلْتُ لَهُ إِنْ شِئْتَ أَنْ تَزِيدَ مِنْ عَرَصَةِ دَارِكَ أَوْ بَيْتِكَ شِبْراً آخَرَ لِيَكُونَ لَكَ جِدَارٌ خَالِصٌ فَذَلِكَ لَكَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون بناء لا عرصة له، **والثاني**: أن يكون عرصة لا بناء فيها، **والثالث**: أن يكون معاً.

فإن كان الحائط بناء لا عرصه له لم يجز أن يقسم جبراً لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه ضرر فلم يدخله إجبار فإن اصطلحا عليه جاز.

وإن كان ذلك عرصة لا بناء فيها دخلها الإجبار في القسمة فإن دعا الطالب إلى قسمه عرصة الحائط طولاً أجيب إليها ومثاله أن يكون طول العرصة عشرة أذرع وعرضها ذراع فيدعوا إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع فهذا جائز لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه، فإن دعي إلى القسمة عرضاً ليكون له شبراً من العرض في الطول كله ففي جواز الجبر عليها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها، لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة.

ودخول القرعة في هذه القسمة مضر، لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه، وعادت بالضرر عليه، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يجاب إليها، ويقسم عرض العرصة بينهما، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير ذرعه، لأن القرعة تدخل في القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه، فلم يكن لدخول القرعة وجه قال الشافعي: ثم قلت له إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبراً آخر ليكون لك، جداراً خالصاً فذلك لك. وهذا لم يقله مشورة كما عابه من جهل معنى كلامه، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له. ثم ذكر وجه المنفعة، بأن يضم إلى العرصة شبراً ليصير جداراً كاملاً.

فصل

فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة، فإن دعي إليها عرضاً ليكون له شبر من عرض البناء، والعرصة من الطول كله، لم يجب إليها جبراً، ولا يصح ذلك بينهما تراضياً واختياراً، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه. لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه وإن أراد وضع شيء عليه، وقع الثقل على ما لشريكه فأضرَّ به.

فإن قيل: فهلا جاز ذلك بتراضيهما؟ قيل إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز.

وإن تراضيا بقسمته بناء قائماً، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلاً لم يجز وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد. وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولاً، ليكون لكل واحد منهما نصفه طولاً في العرض كله جازت بالتراضي. وفي جواز الإجبار عليها وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي، لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه فصارت ضرراً عليهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يجبره على هذه القسمة بالقرعة، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير فلم يمنع من القسمة. ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار، فلا ينهدم من حصة الآخر شيء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَدَمَاهُ ثُمَّ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا ثُلُثُهُ ولِلآخَرِ ثُلُثَاهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ كُلّ وَاحِد مِنْهُمَا مَا شَاءَ عَلَيْهِ إِذَا بَنَاهُ فَالصُّلْحُ فَاسِدٌ وَإِنْ شَاءَا أَوْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا قُسِّمَتْ أَرْضُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا هدم الشريكان حائطاً بينهما، ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها، فهذا صلح باطل لثلاثة معان:

أحدها: أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدساً بغير عوض. وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثاً بغير عوض لا يصح، **والثاني**: أنه شرط فيه الانتقال لملك صاحبه من غير عوض وذلك لا يصح. **والثالث**: أنه اشترط لنفسه ارتفاقاً مجهولاً وذلك باطل، فإذا ثبت بطلان الصلح لما ذكرنا، وكانا قد عملا به ووضعا فوق الحائط ما شاءا فالملك بينهما نصفان على ما كان من قبل، ثم لكل واحد منهما أن يأخذا صاحبه بقلع ما وضعه في الحائط من أجذاعه.

وسواء في ذلك من شرط الزيادة والنقصان، لأنه وإن كان مأذوناً فيه فهو عن عقد فاسد، ففسد ما تضمنه من الإذن. ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه، كما يقتضي وضع ما تقدمه ثم كان ممنوعاً من المستأنف، فكذلك من المتقدم ولا وجه، لأن يقر أجذاع من شرط الزيادة لنفسه لأن صاحبه قد شرط عليه ما لم يحصل له من وضع ما شاء من أجذاعه.

فصل

قال الشافعي رحمه الله: فإن شاءا أو أحدهما، قسمت أرضه بينهما نصفين.

وقد اختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام بحسب اختلافهم في كيفية قسمة العرصة جبراً بين الشريكين. فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً إذا طلب أحدهما قسمة العرصة طولاً لا عرضاً. وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً على الأمرين طولاً وعرضاً وقد مضى مشروحاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ السَّفْلُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالْعُلُوُّ فِي يَدَيْ آخَرَ فَتَدَاعَيَا سَقْفَهُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لأَنَّ سَقْفَ السَّفْلِ تَابِعٌ لَهُ وَسَطْحُ الْعُلْوِ أَرْضٌ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا كان بيت سفله لرجل وعلوه لآخر، فاختلفا في السقف الذي بينهما وتداعياه، فمذهب الشافعي رحمه الله أنهما يتحالفان ويكون بينهما نصفان. وحكي عن مالك أنه يكون لصاحب العلو، لأنه لا يقدر على التصرف في العلو إلا به. وحكي عن أبي حنيفة أنه يكون لصاحب السفل، لأنه موضوع على ملكه كالجدار المبني في أرضه.

وكلا المذهبين غلط وكون السقف بينهما أصح. لتساوي أيديهما عليه وتصرفهما فيه، فهو لصاحب السفل سقف ومرفق، ولصاحب العلو أرض ومقعد، ولأنه متصل بمالهما ومجاور لملكيهما فوجب أن يستويا فيه كالحائط إذا كان بين داريهما.

فإذا ثبت أن يكون بينهما، فلصاحب العلو أن يتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل بالجلوس عليه، وإحراز المتاع المعتاد فيه من غير تجاوز ولا تعدٍ.

كالحائط إذا اختلفا فيه وكانت عليه جذوع لأحدهما جعل بينهما وأقرت الأجذاع على حالها.

وأما صاحب السفل فارتفاقه به أن يكون مستظلاً به، من غير أن يتجاوز ذلك إلى تعليق شيء عليه، لأن السقف لم يوضع غالباً إلا للاستظلال، ولا وجهة لما أجازه بعض أصحابنا من تعليق زنبيل عليه. ووضع خطاف فيه.

لأن إيتاد الوتد في الحائط المشترك أسبل وهو ممنوع منه، كما ذكرنا في السقف أولى أن يكون ممنوعاً منه.

فصل

ولو تنازعا في حائط السفل، فهو لصاحب السفل إلى منتهى وضع الأجذاع مع يمينه، لأنه في يده وتحت تصرفه.

ولو تنازعا في حائط العلو، فهو لصاحب العلو مما فوق أجذاع السقف، لأنه في يدي صاحب العلو وتحت تصرفه. وما كان من الحائط بين السفل والعلو في خلال أجذاع السقف فهو بينهما، لأنه تبع للسقف المشترك بينهما.

[تتمة] كتاب الصلح

سقط البيت لم يجبر صاحب السفل على البناء وإنما أوجب على صاحب السفل بناء السفل هاهنا لوقوع الشرط على ذلك في الهدم.

وإذا هدمه لغير علّة فهو متعدٍ بهدمه فلزمه الإعادة، فإن قيل: هذا الشرط وعد من جنبه فلا يلزمه الوفاء به، قلنا: هذا الشرط التزامٌ لأنه لم يستحق هدمه وإنما هدمه لغرض له والتزم إعادته فلزمه، فإن قيل: فقد ضمنتموه الحائط بمثله وهذا لا يجوز، قلنا: ليس هذا بضمان متلف لأن المتلف له والبدل له وإنما لغيره حق الحمل عليه فلزمه أن يقيم مثله مقامه لما ذكرنا.

وقال أبو حامد رحمه القياس أن لا يلزمه إعادته لأن الحائط لا يضمن بالمثل، ولكن نص الشافعي على ما ذكرنا.

وقال القاضي أبو علي البدنجي: فيه طريقان **أحدهما**: يلزمه إعادته قولاً واحداً، **والثاني**: فيه قولان والأصح ما ذكرنا وهو القياس على ما شرحنا واللّه أعلم.

ثم إن المزني قال: قال الشافعي في كتاب الدعوة: والبيان على كتاب أبي حنيفة فإذا أفاد صاحب السفل مالاً أخذ منه قيمة ما أنفقه في السفل، قال الأول أولى بقوله لأن الباني متطوع فليس له أخذه من غيره إلا بأن يراضيه عليه واختلف أصحابنا في هذا، فقال أبو إسحاق رحمه اللّه: أجاب الشافعي في كتاب الدعوى على قوله القديم: فأما على قوله الجديد فلا رجوع له.

ومن أصحابنا من قال: هذا يخرَّج على قوله الجديد وهو إذا كان صاحب السفل معسراً لا يقدر على البناء فجعل الحاكم لصاحب العلو أن يبني ويرجع بالنفقة عليه، وقضي له هناك وكان معتقداً لمذهب الشافعي في القديم، فإذا قضى به الحاكم كان له الرجوع به فلا يصح اعتراض المزني.

ثم قال الشافعي: ليس له منع صاحب السفل من سكناه ونقض الجدران له قوىء نُقْضُ

وقوىء نقض بفتح النون وضمها، فمن قرأ بالفتح أراد له نقضها إذا خيف أن يسقط. أو أراد له نقضها إذا بناه من ماله متطوعاً حتى يصير قضاء كما كان.

ومن قرأ بالرفع أراد أن الطوب والخشب له إذا انهدم أو هدمه عمداً إذا بناه من خاص ماله. وقيل: أراد ما حصل من الجدار الأول المنهدم لصاحب السفل ولا يصير لصاحب العلو بسببه بني السفل وهذا بعيد عندي. [١ب/٨]

مسألة: قال: وَإِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ نَخْلَةٌ أَوْ شَجَرَةٌ فاستعلت وانْتَشَرَتْ أَغْصَانُهَا.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان في ملك رجل شجرة أو نخلة فاستعلت ودخلت أغصانها في دار جاره، كان للجار إزالته عن داره وعن هواء الحائط المشترك بينهما. وكذلك إن دخلت في بستان جاره، وهذا لأن هواء الجار حق الجار كفنائه. وهكذا لو شرعت عروق هذه الشجرة في قرار أرضه يلزمه إزالتها كالأغصان في الهواء سواء، فإن كانت الأغصان رطبة لينة عطفها إلى داره. وإن كانت يابسة لا يمكنه عطفها أو كانت رطبة قوية لا يقدر أن يلويها قطعها. وقال أصحابنا: للجار أن يقطعها بنفسه إذا لم يقطعها صاحب الشجرة، ولا يلزمه أن يمضي إلى الحاكم ليطالبه بذلك كما لو دخل رجل داره له إخراجه من داره ومقاتلته عليه، وإن أدى إلى قتله ولا يحتاج إلى الحاكم، وكذلك إذا دخلت بهيمة دار رجل له إخراجها من ملكه من غير حاكم.

وقال بعض العراقيين: يضمن ذلك إذا قطع بغير حاكم وهو غلط لما ذكرنا، وإن كانت الأغصان رطبة خفيفة يمكنه أن يثنيها إلى الشجرة ويشد معها فقطعها بثمن ما نقص من قيمة الشجرة لأنه كان يمكنه إزالتها من غير قطع. وحكي أن رجلاً سأل أبا حنيفة عن هذه المسألة فقال: سجر تنوراً في ملكه تحتها فكأنه علّمه الحيلة لتحترق الأغصان أو تصير يابسة ولم يجوز القطع.

قال الإصطخري: وكذلك إذا مال حائط إلى دار الغير فلصاحب الدار مطالبته بإصلاح الحائط لأنه شغل هواء داره فجرى مجرى الأغصان. وإن تشعبت ولم يمل لم يكن له مطالبته بإصلاحه. وإن اصطلحا على أن يقرَّ أغصانها في داره بعوض نظر، فإن كان غير معتمد على حائط الجار لا يجوز لأنه عقد على الهواء المجرد. وإن كان معتمداً على حائطه وخارجاً إلى هواء داره نظر، فإن كان رطباً يزيد لم يجز لأنه غير معلوم، وإن كان جافاً يجوز لأنه معلوم والهواء تابع للحائط وهو كجذع يضعه على جداره في موضع معلوم ومال معلوم هكذا ذكر جماعة أصحابنا.

وقال في «الحاوي»: إذا كانت [٢أ/٨] رطبة فيه وجهان **أحدهما**: ماذكرنا، **والثاني**: يجوز وما يحدث من الزيادة يصير تابعاً لا يبطل العقد جهالته كجهالة المرافق في بيع الدار وهذا قول أكثر البصريين، ثم هل يكون حكمه حكم البيع أو الإجارة؟ قد ذكرنا من قبل.

فرع

لو أن عرق شجرة رجل أخرج شجرة في ملك الغير فهي لصاحب الشجرة الأصلية كالزرع لصاحب البذر. وقال أبو حنيفة: هي ملك صاحب الأرض التي خرجت فيها، حكاه بعض أصحابنا بخراسان عنه. وهذا غلط لأن الأصل له فالفرع له.

فرع آخر

قال القاضي أبو حامد رحمه الله: سئل أبو إسحاق المروزي عن شجرة الأترج إذا انتشر غصنها إلى ملك رجل ودخل رأس الغصن في بُرنية له وانعقدت فيه أترجة فكبرت ولم يمكن إخراجها إلاّ بقطع الغصن والأترجة أو كسر البرنية، فقال: الواجب قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية لأن الغصن لما شرع في ملك غيره كان مأخوذاً بإزالته، فلما لم يزله صار متعدياً به فوجب أن يلتزم حكم تعديه، ويكون القطع المتقدم واجباً عليه، وليس من صاحب البرنية تعدٍ في وضعها في ملكه. فقيل لأبي حامد: ما تقول في البرنية إذا كانت وديعة في بيت رجل فوضعت في سطحه سطحه حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره؟ فقال: يقطع الأترجة لتسلم البرنية لأن قطع الغصن كان مستحقاً من قبل وذلك أسبق من وضع البرنية، فقيل له: فما تقول اذ كانت الشجرة في داره والبرنية وديعة عنده فقال: يقطع الغصن أيضاً لتسلم البرنية لأنه متعدٍ بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها. فقيل له: فما تقول في حيوان بلع لؤلؤة؟ فقال: لا آمر بذبحه وأتركهم حتى يصطلحوا عليه لأن للحيوان حرمة، ولهذا لو غصب خيطاً خاط به جرح حيوان لم يكلف النزع.

فرع آخر

لو كان سطح أحد الجارين أعلى من سطح الآخر لم يجبر أحدهما على بناء سترة. وقال أحمد رحمه الله: يجبر الأعلى عليه واحتج بأنه إذا صعد الأعلى على سطحه أشرف على الأسفل ويستضر به الأسفل فيزال ضرره. وهذا غلط، لأن هذا [٢ب/٨] حاجز بينهما بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالحائط في الأسفل. وأما ما ذكره لا يصح لأنه لمنعه من الإشراف عليه ما لا ضرر به فلا يكلف بالبناء.

مسألة: قال: وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَرَاهِمَ بدنانير.

الفصل

وهذا كما قال: لو صالح رجل رجلاً من دنانير على دراهم، أو من دراهم على دنانير أو من دنانير على دنانير مختلفة السكة متماثلة العدد والجوهر، أو من دراهم على دراهم يجوز الصلح كما يجوز بيع بعضها ببعض، ثم يعتبر فيه التقابض قبل التفرق به في البيع، ولو قبض بعضاً دون بعض وافترقا بطل الصلح فيما لم يقبض، وهل يبطل فيما قبض؟ طريقان **أحدهما**: قولان. **والثاني**: قول واحد لا يبطل لأن الفسخ طارىء، وقد ذكرنا هذا في البيع وأجاب هاهنا على قول جواز تفريق الصفقة فصحح العقد في المقبوض دون غير المقبوض. ثم قال: المصالح القابض بالخيار إن شاء أجاز الصلح، وإن شاء أبطله. فإن قال قائل: لِمَ خصص الشافعي المصالح القابض بالخيار دون صاحبه وهما في الصلح متعاقدان والمتصالحان؟ قلنا: إنما جعل الخيار في جانب القابض لأن حقه كان ديناً في ذمة صاحبه ورضي عن ذلك الدين بما يأخذه من العين فكانت معاني البيع في جنبة من يأخذ الدين بالعين أو العين بالدين أظهر من الجنبة الثانية وهي جنبة من يبرئ ذمته عن الدين ببذل العين لأنه مشتري ذمته على الحقيقة وصاحبه مشتري العين والخيار في جنبة المشتري أثبت وأظهر من الخيار في جنبة البائع، ولذلك أثبتنا الخيار للمشتري للعين الغائبة، ولم نثبت على المذهب الصحيح لبائع العين الغائبة. وكذلك لو اشترى شيئاً على توهم السلامة بثمن كثير ثم بان عيبه له الخيار، ولو باع بثمن قليل على توهم العيب ثم بان للبائع سلامته لم يكن له الخيار، فجاء من هذا أن الذي كان الدين في ذمته لا خيار له.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا حصل التفرق من صاحبه فإن حصل منه لا خيار له، وهذا إشارة إلى أنه رضي بتفريق الصفقة حين فارقه هو، وهذا لا يصح عندي لأن هذا الخيار يثبت، لأنه دخل في العقد على أن يسلم له جميع المسمى بجميع المسمى فإذا [٣/أ٨] لم يسلم ذلك وبطل العقد في بعضه ثبت له الخيار في الفسخ، ومثل هذا الخيار لا يبطل بمفارقته المجلس.

مسألة: قال: وَإِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الوَرَثَةِ فِي دَارٍ فِي أَيْدِيهِمْ بِحَقٍ لِرَجُلٍ.

الفصل

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة فقال بعضهم: صورتها أن تكون داراً في أيدي ثلاثة أخوة ورثوها عن أبيهم، فجاء رجل فادعى أن له على أبيهم ديناً وأن هذه الدار رهن عنده به فصدقه أحدهم وأنكره الآخران فصالحه المقر من الدين على بعضه وقضاه من ماله كان الصلح صحيحاً بإذن الباقين، أو غير إذنهم ويكون هذا الصلح

فرعاً للأبناء، لأنه أخذ بعض دينه وأبرأه من الباقي، ولا يرجع هذا المقر على أخوته بشيء مما دفع إلى المدعي من ماله، لأنه متطوع به، وإنما قلنا صورة المسألة هذا لأن الشافعي رحمة اللّه عليه قال: إذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ولم يقل بدارٍ، والظاهر من الرهن الحق الرهن دون الملك. ولأنا لو قلنا: إن المدعي إذا ادّعى فيها سهماً فأقر به أحد الأخوة وصالحه منه على مال أعطاه لكان ذلك مكرّراً لأن الشافعي قال في أول كتاب الصلح: ولو صالح عنه رجل يقر عنه بشيء جاز الصلح، وليس للذي أعطي عنه أن يرجع عليه لأنه متطوع به. ومن أصحابنا من قال: صورتها أنه ادّعى سهماً من هذه الدار فأقر له أحدهم وأنكره الآخران فصالحه المقر على مال بذله صح الصلح، وعلى هذا أكثر أصحابنا، قال القاضي الطبري: وهذا هو الصحيح، لأن الشافعي ذكرها في الأم مشروحة، فقال: ولو كانت دار بين ورثة فادّعى رجل فيها دعوى فأقر له أحدهم ثم صالحه على شيء بعينه أو دراهم مضمونة فالصلح جائز والوارث المصالح متطوع لا يرجع على أخويه بشيء مما أدَّى عنهم بغير أمرهم، ولو صالحه على أن حقه له دون أخويه فإنما اشترى منه حقه دون أخويه، فدل هذا على أن صورة المسألة أنه ادَّعى سهماً في الدار، وقوله: بحق في دار أي: بسهم في دار، ويدل هذا على خطأ من قال من أصحابنا: أن صلح الأجنبي عن المنكر لا يصح إلا بأن يقول إني وكيله، وقد بينا ذلك فيما مضى. فإذا تقرر أن صورة المسألة هذه فإن [٣ب/ ٨] صالحه على مال بذله فالحكم ما ذكرنا، أنه لا يرجع بما بذله على أحد لأنه متطوع به. وإن صالحه على أن يكون نصيبه له دون أخويه، فإن الخصومة تكون بينه وبين أخويه، فإن أقرّا له بذلك أو استحقه بإقامة البينة عليهما ثم صالحهما بشيء أخذه منهما كان الصلح جائزاً، وكان للأخ الثالث أن يأخذ نصيبهما بالشفعة. وإن لم يقرا له ولم يقم له بينة كان لهما ثلثا الدار، وهل لهما أخذ الثلث الذي ملكه أخوهما بالصلح نظر فيه، فإن كان كل واحد منهما ادعى ثلث الدار فإن لهما أن يأخذا نصيب الأخ الذي ملكه بالشفعة، وإن كانا قالا: إن هذه الدار لنا عيناً ورثناها عن أبينا فإنهما مقران بأن صلح الأخ باطل، فلا شفعة لهما عليه. ومن أصحابنا من قال: لهما الشفعة لأن الصلح قد صح في الحكم، فإن الأخ قد أقر للمدعي بالثلث وصار الملك له ويجوز أن يكون انتقل إليه نصيب المقر من غير أن يعلم الأخوة. فإذا صالحه منه على شيء أخذه كان بيعاً صحيحاً فوجب أن تثبت به الشفعة، وهذا أصح وهو المنصوص في الأم، وقال فيه أيضاً: وإن كانوا ملكوا الدار بجهات مختلفة فصالحه المقر من حقه على مالٍ ثم أراد المنكران الأخذ بالشفعة لهما ذلك، لجواز أن يكون المنكر كاذباً في إنكاره، والمقر صادق في إقراره، وصلحه عليه صحيح. ومن أصحابنا من قال: صورة المسألة هذه الثانية ولكن حين عقد هذا المقر الصلح قال:

أخوتي مقرون بذلك، وقد وكلوني بالصلح فصدقه ثم الحكم ما ذكرنا إذا صدقوه في الوكالة، أو كذبوه وقد مضى ذلك فلا نعيده.

مسألة: قال: وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بَيْتَاً فِي يَدَيْهِ فَاصْطَلَحَا بَعْدَ الإِقْرَارِ عَلَى أَنْ يَكُوْنَ لأَحَدِهِمَا سَطْحُهُ.

الفصل

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، قال صاحب الإفصاح: صورتها أن يدعي رجل على رجل بيتاً في يده فيقر له بسفله دون علوه ثم يصالحه من السفل على العلو، على أن يكون له أن يبني عليه بناء معلوماً فيكون الصلح جائزاً، ويكون ذلك فرعاً للبيع لأنه بيع [٤١أ/٨] السفل بالعلو. ومن أصحابنا من قال: صورتها أن يقر له بجميع البيت ثم يصالحه على أن يكون له العلو وللمقر له السفل، ويكون له أن يبني عليه بناءً معلوماً فالصلح صحيح ويكون ذلك فرعاً للهبة في العلو، وللعارية في حيطان السفل التي يريد أن يبني عليها. ومن أصحابنا من قال: صورتها أنهما تنازعا البيت ثم تقارا على أن السفل لأحدهما والعلو للآخر لا على سبيل الصلح، ولكن على سبيل الاعتراف من كل واحد منهما، لأن الشافعي بيّن ذلك في الأم فقال: فإن تقارا جعلت بينهما وجعلت لهذا علوه ولهذا سفله، فدل أنه حصل لكل واحد ما جعل له بإقرار صاحبه. وقال ابن سريج: الأشبه بكلام الشافعي الصورة الثانية، فإن قال قائل: كيف يقال هذا؟ وإذا أقر صاحب اليد للمدعي أن البيت يملكه كيف يتصور المصالحة بينهما بالبناء على السطح والسفل والعلو كلاهما للمدعي؟ قيل: أراد بالصلح العارية وقد مضى بيان هذا، وهذا كما لو أقر له بدابة ثم صالحه على أن يركبها المقر صح ولا يلزم، وقصد الشافعي به الفرق بين هذا وبين الصلح على سكنى الدار، لأن في مسألة الركوب عارية لا تلزم بحال، وهاهنا إذا بنى لا يمكنه الأمر بالقلع إلا أن يغرم له نقص القلع. قال المزني: لا يجوز الأقيس على قوله، وهو قول أهل العراق إذ لا يجوز أن يأخذ مالاً بدلاً عمّا يبذله من هواء سطحه، كما لا يجوز أن يأخذ مالاً على جناح يشرعه جاره في هواء داره. قلنا: لو أخذها لما على إشراع الجناح في هواء الدار على أن تكون خشبة الجناح موضوعة على ملك قابض المال، كانت المصالحة صحيحة وهذه صورة مسألة الكتاب، فأما ما ذكرت من الصلح الفاسد في إشراع الجناح فصورته أن لا تعتمد خشبة الجناح على جدار القابض للمال، فهي معاملة على الهواء المنفرد فلا يصح مثل ذلك على هواء صحن الدار وهذا لأنه لا يجوز إفراد الهواء بالبيع ويجوز إفراد القرار بالبيع.

مسألة: قال: وَلَوْ اشْتَرَى عُلُوَ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَبْنِيَ عَلَى جُدْرَانِهِ وَيَسْكُنَ عَلَى سَطْحِهِ أَجَزْتُ ذَلِكَ.

الفصل

وهذا كما قال: يجوز شراء العلو [٤ب/٨] بشرط أن يبني عليه بناء معلوماً، فأما بناء مطلق غير معلوم فلا يجوز، ويخالف إجارة الأرض بشرط أن يبني عليها ما أراد من الأثقال لأن الأرض حمالة لجميع ما يبنى عليها وليس كذلك الحيطان، فإنه لا يحمل عليها إلا مقداراً معلوماً فلا يجوز بشرط البناء المطلق. ولا يضر أن يصف كل جدار يكون سمكه وغلظه وطوله، ويكون رصفاً أو مطبقاً، ويصف السقف كذلك. وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز بانفراده لأن العلو تبع يجري مجرى المرافق التي لا يجوز إفرادها بالعقد، وهذا غلط، لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها كالسفل فجاز بيعها. وقال في الحاوي: إن شرطا أن يبنى ما شاء لا يجوز للجهالة وإن أطلقا البناء فيه وجهان، **أحدهما**: يجوز ويبنى ما احتمله لأنه يعرفه أهل الخبرة، **والثاني**: لا يجوز وهو الأصح لأن العادات فيه مختلفة وهذا غريب. وقال فيه: ولو تبايعا مطلقاً من غير شرط البناء هل للمشتري أن يبني؟ فيه وجهان، **أحدهما**: له ما يحتمله لأنه من منافع ملكه، **والثاني**: ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالسفل، ومنفعته تكون مقصورة عى السكنى والارتفاق بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة. ولو باعه بشرط أن لا يبني فالبيع جائز وهذا الشرط لم يتضمن حجراً فيما ملكه بالعقد، بل تضمن أنه ليس له إحداث ما ليس على ملكه في الحال بخلاف ما لو باعه أرضاً على أن لا يبني عليها لا يجوز لأنه لم يبق للبائع فيها حق ولا يدخله ضرر بالبناء، وهاهنا العلو متصل بملك البائع، وفي البناء إضرار به فصار الشرط فيه متعلقاً بحقه فافترقا. فإن قال قائل: هذه المسألة والتي قبلها سواء في الحكم، فأيَّ فائدة في الإعادة على نسق واحد. قلنا: يحتمل أن الشافعي أراد أن يبيّن التسوية بين لفظة المصالحة ولفظة الشراء في هذه المسألة، فذكرها مرة بلفظ الصلح ثم أعادها بلفظ الشراء في غير تلك الصورة. أو نقول المسألة الأولى مصورة في العارية عند بعض أصحابنا، وهذه الثانية مصورة في الشراء فتكونان متباينتين من غير تكرارٍ. قال المزني: هذا غير منعه في [٥أ/٨] كتاب أدب القاضي: أن يقتسما داراً على أن يكون لأحدهما السفل وللآخر العلو حتى يكون السفل وعلوه لواحدٍ، معناه أنه لم يجوز في كتاب أدب القاضي أن يجعل السفل لأحد الوارثين والعلو للآخر في قسمة التركة، وجوزها هنا شراء سقف البيت فيكون السفل لشخص والعلو لآخر، واختار أنه لا يجوز ذلك هاهنا أيضاً، قلنا: الممنوع في كتاب أدب القاضي ممنوع هاهنا، وهو أن يجعل القسام لأحدهما السفل وللآخر العلو على جهة

الإجبار، والجائز في هذا الموضع جائز في كتاب أدب القاضي، وهو أن يكون لك على جهة التراضي، والعجب من المزني حيث يسوي بين حالة الإجبار وحالة التراضي، ألا ترى أنه إذا كانت بينهما داران أو دار وضيعة، فأراد أحدهما أن يقتسما على أن يقتسما على أن يكون لأحدهما الدارين وللآخر الأخرى أو يكون لأحدهما الدار وللآخر الضيعة لم يجبر الآخر عليه، ولو تراضيا جاز كذلك هاهنا.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَتْ مَنَازِلُ السُّفْلِ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالعُلْوِ فِي يَدَيْ الآخَرِ فَتَدَاعَيَا العَرَصَةَ.

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يكون خاناً بيوته التي في السفل لرجل وبيوته التي في العلو لآخر فتداعيا صحن الخان نظر فيه، فإن كانت الدرجة التي يصعد عليها إلى العلو في صدر الخان كان الصحن بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة عليه. وإن كانت الدرجة مع الباب ففي صحن الدار وجهان، **أحدهما**: يكون بينهما نصفين وعلى هذا يدل ظاهر كلام الشافعي لأنه من مرافق الخان، والخان بينهما فكذلك الصحن. **والثاني**: يكون لصاحب السفل لأن صاحب العلو لا حق له فيه بوجه، لأنه لا يستطرقه إلى شيء من ملكه فوجب أن يكون صاحب السفل أولى. وإن كانت الدرجة في الدهليز أو في وسط الخان كان الصحن إلى موضع الدرجة بينهما وما من الأعلى مما لا حق له في استطراقه، ولا حائل دونه فيه وجهان، **أحدهما**: لصاحب السفل لتفرده باليد، **والثاني**: أنه بينهما لاتصاله بما هذا حكمه. وكل موضع قلنا: أنه بينهما [٥ب/٨] فإنهما يتحالفان على ما بيناه في الجدار يكون بين الدارين. وقيل هما كالوجهين اللذين ذكرناهما في زقاق .... فلمن هو أسفل منه أن يمنعه وفيمن فوقه وجهان. وهكذا لو أراد أهل أسفل السكة أن يقتسموا فنائهم ويزيد كل واحد منهم حصته في داره، هل لمن فوقهم منعهم من ذلك؟ وجهان. وعلى هذا لو كان الدرب الذي لا ينفذ في صدره باب أحدهما وفي أوله باب الآخر فتنازعا بقية الدرب إلى صدره فيه وجهان، ومن أقله إلى صدره بينهما.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَ فِيْهَا دَرَجٌ إِلَى عُلُوِهَا فَهُوَ لِصَاحِبِ العُلُوِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا تداعيا الدرجة فإنها في يد صاحب العلو لأنها تبنى للممرّ إلى العلو والقول قوله مع يمينه، وعلى صاحب السفل البينة، ولا فرق بين أن تكون معقودة بالجص والآجر، وبين أن تكون سلماً من خشبٍ أو سياج. وقال في الأم: فإن كان الناس

يتخذون الدرج للمرفق ويجعلون ظهورها مدرجة لطريق من الطرق جعلت الدرج بين صاحب السفل والعلو لأن فيها منفعتين، إحداهما: بيد صاحب السفل، والأخرى: بيد صاحب العلو. قال أصحابنا: أراد به إذا كانت الدرجة على أزج تحت بيته وعلى الأزج ممر، كان بينهما لأنه سماء لصاحب السفل وممر لصاحب العلو وهو مثل زقاق الصفارين في بلدة مرو، ويكون زقاقاً لأصحاب السفل ممر لصاحب العلو. ومن أصحابنا من قال: إن كان ما تحتها مرفقاً كاملاً لبيت أو خزانةٍ يصلح للسكنى وإحراز القماش فالدرجة بينهما كالسيف لأن لكل واحدٍ منهما تصرفاً فيها وعليها يداً، وإن كان المرفق ناقصاً مثل أن يكون تحتها زقٌ أو موضع حيث أو نحو ذلك فيه وجهان، **أحدهما**: أنها بينهما لارتفاقها بها، وبه قال ابن أبي هريرة وأبو إسحاق. **والثاني**: لصاحب العلو لأن تصرفه فيها أكمل ويده عليها أقوى، وبه قال أبو حامدٍ وهو الأصح. وقال القاضي الطبري: إذا كان مرفقاً كاملاً فيه وجهان أيضاً، لأن الدرجة لا تبنى لما تحتها في العادة وإنما يقصد منها الإرتقاء فتكون [٦١أ/٨] لصاحب العلو في أحد الوجهين.

مسألة: قال: وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ زَرْعَاً فِي أَرْضٍ فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ على دراهم فَجَائِزٌ

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن تكون في يد رجل أرض فيها زرع أخضر فادعاه رجل فأقر له به ثم قال له: صالحني على عوض أعطيك إياه ينظر في المقر، فإن لم تكن الأرض له وصالحه منه على شرط القطع جاز، لأن بيع الفصيل بشرط القطع جائز. وإن صالحه من غير شرط القطع لا يجوز لأن بيعه على هذا الوجه لا يجوز. وإن كانت الأرض للمقر فصالحه على شرط القطع جاز، وهل يجوز من غير شرط القطع؟ وجهان، كما لو باع الزرع من صاحب الأرض هل يلزم شرط القطع؟ وجهان، وكذلك لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها من صاحب النخلة مطلقاً من غير شرط القطع وجهان، **أحدهما**: يجوز لأنه يصير تبعاً للأرض، **والثاني**: لا يجوز لأن عقد الصلح انفرد في الزرع فلا يجوز أن يجعل تبعاً لما لم يدخل فيه من الأرض. فإذا قلنا: لا يجوز إلا بشرط القطع فشرط لا يلزمه الوفاء بالشرط لأن القطع لتفريغ الأرض والأرض له. فإن قيل: هلاً قلتم يجبر على قطعه لأن له غرضاً في ذلك، وهو أنه ربما تصيبه الجايحة فيرفع إلى حاكم يرى وضع الجانحة فيضمنه، قلنا: إنما توضع الجايحة إذا لم يشترط القطع عليه، فأما مع شرط القطع فلا يضمن الجانحة بحالٍ، لأنه ينسب إلى التفريط بترك القطع. وإن كان الزرع أخرج السنابل فانعقد فيها الحب هل يجوز الصلح؟ قولان كما قلنا في البيع.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَ الزَّرْعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ الزَّرْعِ لَمْ يَجُزْ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان الزرع بين رجلين فادّعى عليهما رجل أن الزرع له فأقر أحدهما وأنكر الآخر فصالح المقر عن نصيبه على دراهم فإن قلنا: لا بد من شرط القطع وهو الصحيح لم يجز الصحيح الصلح لأن القطع لا يمكن في نصيبه حتى يقطع الجميع وهذا فلا سبيل إليه. وإذا قلنا: يجوز من غير شرط القطع فالصلح صحيح، وهذا إذا كان المقر صاحب الأرض فلما إذ أصلح رفع الأجنبي لا يجوز لأنه [٦ب/٨] لا بد من شرط القطع فيه ولا سبيل إلى قطع نصيبه ولا يجوز قطع الجميع فبطل الصلح. فإن قيل: يقاسمه ويقطعه قلنا: لا يجوز قسمة الزرع عندنا وإنما هو مذهب ابن أبي هريرة.

فرع

لو كان لرجل أرض فيها زرع، فادَّعى رجل أن زرعها له فأقر له بنصفه ثم صالحه من هذا النصف على نصف الأرض على أن يفرغ له هذا النصف ويقطع النصف الذي اشتراه كان جائزاً، لأن نصف الزرع وجب قطعه بالشرط في البيع ونصفه بالشرط في الشراء ذكره صاحب الإفصاح، ولو لم يقل على أن يفرغ له هذا النصف لا يجوز. وإن صالحه منه على جميع الأرض بشرط القطع على أن يسلم إليه الأرض فارغة صح كما لو اشترى أرضاً فيها زرع وشرط تفريغ الأرض جاز.

فرع آخر

لو أقر له بجميع الزرع ثم صالحه من نصفه على نصف الأرض لتكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع نظر، فإن كان الزرع في الأرض بغير حق جاز الشرط لأن الزرع يجب قطع جميعه. وإن كان الزرع في الأرض بحق قال بعض أصحابنا: يجوز لأنه شرط قطع كل الزرع ففي أحد النصفين شرط على مشتري الزرع قطعه وفي النصف الثاني: شرط ليقبض مشتري الأرض هذه الأرض فارغة من الزرع. وقال أبو حامد: هذا قريب من الصواب وعندي أنه لا يجوز لأن المشتري شرط قطع ما اشتراه وبقي نصف الزرع لغيره وقد شرط قطعه فكأنه شرط قطع زرع غيره لتسليم أرضه فارغة منه، وهذا محال وهو على ما قاله رحمه اللّه وارتضاه جمهور أصحابنا. ولو شرط القطع في أحد النصفين فلا إشكال أنه لا يجوز لأنه لا سبيل إليه لعدم تميزه ولا يجوز قطع جميعه.

فرع آخر

إذا أتلف رجل على رجل ثوباً عليه أو عبداً قيمته دينار فادعاه فأقر له به ثم صالحه منه على أكثر من ذلك الثوب لم يجز. وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط، لأن الواجب في الذمة قيمة المتلف دون مثله، ولهذا لا يطالبه بمثله فإذا صالحه عليها بأكثر منها أو أقل فقد عاوض عليه متفاضلاً وهو رباً [٧أ/٨] في النقود فلا يجوز.

فرع آخر

لو كانت قيمته ألفاً فصالحه على ألف مؤجل لم يتأجل ولم يصح الصلح، وقال أبو حنيفة: يصح، وهذا أيضاً غلط لأن الواجب دين في ذمته فإذا كان عوضه مؤجلاً كان بيع دين بدين، وذلك لا يجوز.

فرع آخر

لو ادَّعى مالاً مجهولاً فأقر به ثم صالحه عليه لم يصح الصلح. وقال أبو حنيفة: يصح وهذا غلط، لأنه معاوضة ولهذا تثبت فيه الشفعة فلم يصح في المجهول كالبيع.

فرع آخر

قال في الأم: لو صالحه على أن يسقي أرضاً له من نهر وعين وقتاً من الأوقات لم يجز، ولكنه يجوز له أن يصالحه على ثلث العين أو ربعها، وكان بيعاً لذلك القدر من القرار. وهكذا لو صالحه على أن يسقي ماشية له شهراً من مائه لم يجز، وإنما لا يجوز لأن الماء مجهول في كلتا المسألتين.

فرع آخر

قال في الأم: لو ادعى رجل على رجل شيئاً ثم صالحه بعد الإقرار له على مسيل ماء في أرضه فإن سمى له عرض الأرض التي يسيل عليها الماء وطولها ومنتهاها فجائز، لأن ذلك بيع موضع من أرضه. ولا يحتاج إن يبينا عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له النزول فيه إلى تخومه، وقال في الحاوي: إن قدر المدة كانت إجارة، وإن أطلق فيه وجهان، **أحدهما**: يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأبيد، **والثاني**: يكون إجارة ويبطل لأنه لم يذكر المدة.

فرع آخر

لو صالحه على أن يجري الماء في ساقية في أرض المصالح فإن هذا إجارة، قال في

الأم: يلزمه تقدير المدة. قال أصحابنا: وإنما يصح إذا كانت الساقية محفورة، فإن لم تكن محفورة لم يجز لأنه لا يمكن المستأجر إجراء الماء إلا بالحفر وليس له الحفر في ملك غيره. ولأن ذلك إجارة لساقية وهي غير موجودة فإن حفر الساقية وصالحه جاز.

فرع آخر

لو كانت الأرض في يد المقر بإجارة جاز أن يصالحه على إجراء الماء في ساقية فيها محفورةٍ مدة معلومة لا تجاوز مدة إجارته، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز له أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز له إحداث ساقية في أرض غيره [٧ب/٨] بإجارة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: وكذلك إذا كانت الأرض وقفاً عليه جاز له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية فيها محفورة مدة معلومة. وإن أراد أن يحفر فيها ساقية لم يكن له لأنه لا يملكها وإنما له أن يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة.

فرع آخر

لو صالحه على إجراء ماء سطحه على سطحه يجوز، ولكنه يشترط أن يكون السطح الذي يسيل منه الماء معلوماً والسطح الذي يسيل الماء إليه معلوماً، لأن هذا يقل ويكثر ولا يحتمل السطح كل ما يجري عليه بخلاف الأرض. ويكون هذا فرعاً للإجارة، وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى ذكر المدة بخلاف الساقية لأنه لا يستوفي منافع السطح مع ذكر المدة بخلاف الساقية فإنه يستوفي منفعتها مع ذكر المدة.

فرع آخر

قال أصحابنا: لا يمنع الإنسان أن يبني في ملكه حماماً بين الدورأو يؤاجر كانونه من الخباز للخبز بين العطارين. وقال أحمد رحمه اللّه في رواية: يمنع من ذلك، وبه قال بعض أصحاب أبي حنيفة، واحتج بأنه يضر بجاره فيمنع كما يمنع أن يرسل الماء في ملكه بحيث يضر بجاره أو يدق شيئاً على وجه يزعج حيطان جاره. وهذا غلط، لأنه تصرف في ملكه الذي يختص به ولم يتعلق به حق غيره، فلا يمنع منه، كما لو طبخ في داره شيئاً لا يمنع منه إلا أن يلحق جاره دخانه. وأما الماء الذي قالوا فإنما يمنع لأنه يؤدي إلى إجراء الماء في ملك غيره فلم يجز. وأما الدق إن سلمنا فلأنه يهدم ملك غيره وهاهنا بخلافه.

فرع آخر

لو كان لرجل دار في زقاق بابها إليه وظهرها إلى زقاق آخر، فأراد أن يفتح باباً من ظهرها إلى ذلك الزقاق فإن كان ذلك الزقاق نافذاً كان له ذلك، وإن كان غير نافذ لم يكن له لأن في ذلك مشاركة أهل الزقاق في الاستطراق ولا حق له في ذلك. قال القاضي الطبري: وهذا يدل على أن بعض أهل الزقاق إذا أراد أن يخرج روشناً إلى الزقاق الذي لا ينفذ لا يجوز إلا بإذنهم.

فرع آخر

لو قال أشرع بابها إلى ذلك الزقاق ولا استطرقها منه بل أغلقه وأسمره، قال في «الإفصاح»: فيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز لأنه يوهم ذلك [٨أ/٨] عند تطاول الزمان أنه مستحق للإستطراق لأن الباب من شواهد استحقاقه، **والثاني**: يجوز وهو الصحيح لأن له أن يرفع جميع الحائط فكان له أن يرفع بمقدار الباب، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.

فرع آخر

لو أراد أن يفتح فيه كوةً للضوء أو شباكاً جاز لما ذكرنا أن له رفع جميع الحائط ولا يكون دليلاً على الطريق. ولو قال: افتح كوة للنظارة فيه وجهان.

فرع آخر

لو كان باب داره في درب لا ينفذ وجانب منها إلى شارع فأراد أن يفتح باباً إلى الشارع جاز. فإن قيل: فهو يجعل الدرب الذي لا ينفذ نافذاً فيجب أن لا يجوز، قلنا: ليس كذلك، بل يجعل داره نافذة، ألا ترى أن غيره لو أراد أن يستطرقها من الشارع لم يكن له.

فرع آخر

لو كان لرجلين في زقاق غير نافذ داران لكل واحد منهما دار بابها إلى هذا الزقاق، فأرادا سد الزقاق، قال في الإفصاح: يحتمل وجهين **أحدهما**: ليس لهما ذلك، **والثاني**: لهما ذلك وهذا أصح عندي ولا وجه للوجه الأول.

فرع آخر

لو كانت لرجل داران متلاصقان وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذٍ وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين ليتسع داره لا للاستطراق جاز. وإن أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى ليستطرقه إلى الدارين

من هذا الزقاق اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة ومالك، لأنه يجعل الزقاقين النافذين ولا يجوز ذلك، ولأنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الاستطراق منه ولا سبيل إلى ذلك. ولأنه يتغير به حكم الشفعة على قول من يوجب الشفعة بالطريق فلا يؤمن أن يتطرق به إلى إثبات الشفعة لنفسه على قدر الدارين. وقال بعض أصحابنا: وهو اختيار القاضي الطبري يجوز له ذلك، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين ويجعلهما داراً واحدة ويترك البابين على حاليهما فجاز أن ينفذ أحدهما إلى الأخرى، وهذا أقيس، ولكنه غير مشهور.

فرع آخر

لو كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والباب [٨ب/٨] الآخر في وسطه فأراد كل واحد منهما أن يقدم بابه إلى أول الزقاق كان له لأن له استطراق ذلك، وهذا ينقص من استطراقه. وإن أراد أن يؤخر بابه إلى صدر الزقاق فيه وجهان، **أحدهما**: ليس له ذلك وهو الأظهر لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه، **والثاني**: له ذلك لأن له يداً في الدرب فكان الجميع في يدهما وهذا الحائط ملكه فإلى حيث ينتهي الحائط يكون فناؤه فله فتح الباب فيه، وإن كان لأحدهما باب يلي باب الزقاق وللآخر باب في الصدر فأراد صاحب الصدر أن يقدم بابه إلى حد باب الآخر فهل له ذلك؟ مبني على الوجهين فإن قلنا لصاحب الباب الذي يلي باب الزقاق أن يؤخر لم يكن له ذلك، وإن قلنا: ليس له ذلك كان لصاحب باب الصدر أن يقدمه إلى الباب الثاني.

فرع آخر

إذا جوزنا لمن داره في صدر الزقاق تقديم بابه وهو الأصح فأراد فع ذلك إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره فيه وجهان، بناء على أن عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا، فإن قلنا مشتركة ليس له ذلك، وإن قلنا: ليس بمشتركة وهو الأصح بل ما يحاذي باب الأول مختص بملك صاحب الصدر يجوز له ذلك.

فرع آخر

لو أراد صاحب الدار الأولى أن يقر بأنه في موضعه ويفتح دونه باباً ثانياً ويجعلها حجرتين جاز ولا يمنع لأن كليهما في موضع استطراقه، وقال أبو حنيفة: يمنع منه لأنه يستحق مدخلاً واحداً فلا يتعدى إلى مدخلين وهذا غلط لما ذكرنا أنه يستحق الاستطراق فيه، فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين.

فرع آخر

لو أدعى على رجل شيئاً فأقر به وهما يعلمان ذلك ولكنهما لم يسمياه ثم قال له: صالحني منه على كذا جاز لأنه معلوم عندهما، وإن لم يذكراه نص عليه في الأم.

فرع آخر

لو كان لرجل جذع على حائط جاره فأراد صاحب الجدار أن ينقض الجدار ويزيل الجذع فقال له صاحبه: بعني معرض خشبي من حائطك ففعل جاز البيع، لأنه لما جاز أن يبيعه من غيره جاز له أن يبيعه منه. وكذلك إن كان ميزاباً في حائطه ونحو ذلك نص عليه في الأم. وبالله التوفيق. [٩أ/٨]

كتاب الحوالة

قال: أخبرنا مالك عن أبي الزناد الخبر، وهذا كما قال: الحوالة مشتقة من الإحالة والتحويل، وهو نقل الحق من محل إلى محل ومن ذمة إلى ذمة يقال: حولت الشيء من موضع إلى موضع إذا نقلت إليه والأصل في جوازها ما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم وإذا أُتبع أحدكم على ملئ فليتبع»[1]. وقوله أتبع بتخفيف التاء وتسكينها وضم الألف ومعناه أحل وأصحاب الحديث يقولون أتبع بالتشديد وهو غلط. وروي «من أتبع على سبيل فليتبع». وروي أنه ﷺ قال: «إذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل»[2]. فإذا ثبت جوازها لا تتم الحوالة إلا بثلاثة أنفس محيل ومحتال ومحالٍ عليه، فالمحيل من يحيل بما عليه، والمحتال من له الحق، والمحال عليه من ينتقل حق المحتال إليه، وصفته أن يكون عليه دين فيطالبه به فيحيله على رجل له عليه دين من جنسه، فإذا أحاله عليه لم يجب على المحتال قبول الحوالة، بل هو إلى اختياره ورضاه، وقال داود وأبو ثور: يلزمه قبول الحوالة إذا أحيل على مليء، وروي هذا عن أحمد لظاهر الخبر الذي ذكرنا. وهذا غلط، لأن نقل الحق إلى العين لا يجوز إلا بالتراضي فنقله إلى الذمة أولى أن لا يجوز. ولو سأله الحوالة لا يجب على المحيل ذلك ويفتقر إلى رضاه لأن من له الحق يتخير في جهة القضاء، وليس لمن له الدين أن يقول: أقضي ديني من هذا المال دون هذا. وأما المحال عليه هل يعتبر رضاه؟ فالمذهب المشهور أنه لا يعتبر رضاه وبه قال مالك وأحمد. وقال ابن أبي أحمد في التلخيص: نص الشافعي في الإملاء على أنه: يعتبر رضاه ولا تتم إلا به وبه قال الأصطخري والزبيري وهو ظاهر مذهب المزني، لأنه أحد من تتم به الحوالة فيعتبر رضاه كالمحتال وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّه، وهذا غلط لأن من له حق على إنسان له أن يقبضه بنفسه وبوكيله وليس لمن عليه الامتناع من الدفع إلى الوكيل فلا يكون له الامتناع من الدفع إلى المحتال لأن الحوالة أشد من الوكالة. ويفارق المحتال لأنه صاحب الحق وهو يريد نقل حقه من محلٍ [٩ب/ ٨] إلى محل آخر فيعتبر رضاه. وقال القفال: فيه

---

(١) أخرجه البخاري في الحوالات، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟ (٢٢٨٧) ومسلم في المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها (١٥٦٤) والترمذي في البيوع، باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم (١٣٠٨).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١١٧١) (٦/ ٧٠).

مبنيان على أنها مبادلة أو استيفاء فإن قلنا: مبادلة يعتبر رضاه، لأن الإقراض لا يجوز إلا بالقضاء، وإن قلنا: استيفاء لا يعتبر. واختلف أصحابنا في حكم الحوالة فمنهم من قال: الحوالة بيع وهو أن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه، والمحتال يشتري ما في ذمة المحال عليه من المحيل بماله في ذمته وهذا هو المنصوص عليه في كتاب السلم، وقال في كتاب البيوع: لو حل عليه طعام فأحاله به على رجل له عليه طعام أسلفه إياه لم يجز من قبل أن أصل ما كان له بيع وإحالته به بيع فجعل الحوالة بيعاً ولكن المقصد منه الرفق دون الفضل والربح، ولا ينعقد بلفظ البيع ويدخله خيار المجلس دون خيار الثلاث على ما ذكرنا، ويكون بمنزلة المبيع المقبوض بدليل جواز التصرف فيه قبل القبض. ومن أصحابنا من قال: هي اسقاط حق بعوضٍ على طريق الرفق المعروف لأنها لا تجوز بلفظ البيع ولا تجوز الزيادة فيها والنقصان، وهي مشتقة من التحويل. ومن أصحابنا من قال: هي قبض وإقراض فكأنه قبض من المحيل وأقرض المحال عليه. وقال القاضي الطبري: ليس لهذا الخلاف فائدة أكثر من ثبوت خيار المجلس فإني لا أعرف بين أصحابنا خلافاً أن الحوالة بالطعام الذي في الذمة بعقد السلم لا يجوز وسائر أصحابنا ذكر فوائد لهذا الخلاف على ما سنذكر إن شاء اللّه تعالى. ثم إذا قلنا: أنه بيع هل هي في حكم بيع دين بدين خصَّ بالشرع أو في حكم بيع عين بعين بدين وجهان، وعلى كلا الوجهين لا يدخلها خيار الثلاث. وقال في الحاوي: قال ابن سريج: هل تجوز الحوالة بالسلم وجهان بناءً على الوجهين أنها بيع أو عقد إرفاقٍ. والصحيح أنها أيضاً لا تجوز وجهاً واحداً لأن الحوالة لا تجوز إلا في حق مستقر والمسلم فيه غير مستقر وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[1] فالحوالة معاوضة فلا يجوز إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه. واعلم أن الحق الذي تصح فيه الحوالة هو كل ما يثبت مثله بالإتلاف في الذمة كالدراهم و [١٠أ/٨] الدنانير والحبوب والأدهان فأما ما يضمن بالقيمة في الإتلاف كالثياب والحيوان لا يصح فيه الحوالة لأن المثل فيه لا يتحقق، ولهذا لا يضمن بمثله في الإتلاف، وهذا هو المشهور، ومن أصحابنا من قال: تصح الحوالة في كل مال يثبت في الذمة من الثياب وغيرها، وثبوته إنما يكون في القرض والسلم، ففي القرض تجوز الحوالة وفي السلم لا تجوز لما ذكرنا، فيعتبر شرطان أن يثبت في الذمة، وأن يكون مستقراً في الذمة.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب السلف لا يحول (٣٤٦٨) وابن ماجه في التجارات باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره (٢٢٨٣).

فرع

الحوالة بالثمن في مدة الخيار هل تجوز أم لا؟ وجهان **أحدهما**: لا يجوز قاله أبو حامد في الجامع، لأنه ليس بثابت مستقر، فإن قطع الخيار لم يثبت حتى يستأنف الحوالة. **والثاني**: يجوز لأنه يؤول إلى اللزوم.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو أحال السيد غريمه على مكاتبه بنجومه لا يجوز، لأن الكتابة عقد جائز من جهة العبد. ولو أحاله على مكاتبه بدين ثبت للسيد عليه من جهة المعاملة وجهان، **أحدهما**: لا يجوز أيضاً لأن ذلك الدين يبطل بالعجز كما يبطل النجوم، **والثاني**: يجوز وهو المذهب لأنه دين لازم. ولو أحال غير السيد يجوز.

فرع آخر

لو أحال المكاتب سيده بدينه أو بنجومه على أجنبي له عليه مثله جازت الحوالة قولاً واحداً، لأن الكتابة لازمة من جهة السيد.

فرع آخر

لو ثبت له في ذمة قاتل وليه إبل الدية هل تجوز الحوالة؟ بها وجهان، **أحدهما**: لا تجوز وهو الصحيح لأنها معاوضة الاثنان غير معلومة الأوصاف والحوالة لا تجوز بالمجهول، **والثاني**: تجوز لأنها ثابتة مبنيان في الذمة كما لو كانت قرضاً. وقيل: هما مبنياً على القولين للشافعي. إذا جعل هذه الإبل صداقاً أو صالح منها على مالٍ هل يجوز قولان، وذكر أبو حامد: أن الحيوان إذا كان صداقاً ودخل بها الزوج جازت الحوالة وربما ذكره على أحد الوجهين.

فرع آخر

لا تصح الحوالة إلا أن يكون الحقان متساويين في الجنس والصفة فإن كانا من جنسين أحدهما دنانير والآخر دراهم لا تصح الحوالة لأن الحوالة لا تتم [١٠ب/٨] إلا في دينين في الذمة فأشبهت المقاصة، والمقاصة لا تجوز في جنسين فكذلك الحوالة، وأيضاً الحوالة المعروف والرفق كالقرض، فإذا اختلف الجنسان دخل فيه الفضل والزيادة، وخرج عن معناه ولأنه يجبر المحال عليه على الحوالة على الصحيح من المذهب، ولا يمكن إجباره مع الاختلاف. وإن كانت الصنة مختلفة بأن يكون أحدهما دنانير نيسابورية والأخرى فاسانية لا

يجوز، وكذلك إذا كان أحدهما صحاحاً والآخر مكسرة، أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو اختلف الأجلان أو كانت الحنطة من نوعين لا تجوز الحوالة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: أما إذا أحال الدين الحال على من عليه للمحيل دين مؤجل لا يجوز لأنه ما أحال إلا بعوض وهو الأجل والأجل لا يلزم. ولو أحال صاحب الدين المؤجل على من عليه دين حال فوجهان، **أحدهما**: لا يجوز لاختلاف الدينين في الصفة. **والثاني**: يجوز وهو على قولنا أنها استيفاء فكأنه عجل له حقه.

فرع آخر

لو أحال بغير النقد من الحنطة والشعير، فإن كان وجوبهما في الذمتين أو وجوب أحدهما في إحدى الذمتين بعقد المعاوضة لا تجوز نص عليه، وإن وجبا بالإتلاف أو القرض تجوز ذكره القاضي الطبري رحمه اللّه.

فرع آخر

هل يصح اشتراط الرهن فيها والتضمين؟ فإن قلنا: أنها في حكم بيع عين بدين جاز، وإن قلنا: أنها في حكم بيع دين بدين لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: أحلتك بما لك على فلان وهما لا يعلمان قدره أو لا يعلمه أحدهما لم يجز.

فرع آخر

لو أحال على من لا حق له في ذمته لا يلزم على المحال عليه قبوله. فإن قيل: هل تصح الحوالة وجهان، **أحدهما**: لا تصح وهو الصحيح لأنها إذا لم تصح مع اختلاف الحقّين في الجنس أو الصفة فلأن لا يجوز عند عدم أصل الحق أولى. **والثاني**: تجوز وبه قال أبو حنيفة، ويسقط الحق عنه لأنه يلزمه بالقبول كما يلزم على الضامن، وإن لم يكن عليه مال. وقال القفال: هما مبنيان على ما تقدم من الوجهين فإن قلنا: الحوالة مبادلة لا يجوز، وإن قلنا استيفاء تجوز. قال وفي الحقيقة هذه الحوالة ضمان [١١أ/٨] بشرط أن يبرئ المضمون عنه فكان المحال عليه ضمن ما في ذمة المحيل بشرط أن يبرأ المحيل ولا حاجة هاهنا إلى رضا المحتال، وإن كان من أصحابنا من لا يشترط رضا المضمون له لأن هذا المحيل ويلقي رضي ضمان بشرط براءة المضمون عنه فلا بد من رضاه ليبرأ المحيل من حقه، وإنما يحتاج المحال عليه إلى رضى المحيل لحق الرجوع عليه، فإن كان بإذنه ثبت

الرجوع عليه وإلا فلا. ومن هاهنا ذكر بعض أصحابنا إن رضى المحيل في أصل الحوالة هل يشترط وجهان، بناءً على أن الضمان بشرط البراءة هل تصح وجهان، وهذا كله غير مشهور.

فرع آخر

إذا قلنا: تصح الحوالة على من لا دين عليه وقيل: برضا المحيل له أن يطالب المحيل بتخليصه وقضاء الحق عند مطالبته المحتال، كما لضامن يطالب المضمون عنه بتخليصه.

فرع آخر

لو دفع الحق ولم يطالبه بتخليصه فإن دفع بإذن المحيل رجع عليه، وإن دفع من غير إذنه فيه وجهان، **أحدهما**: يرجع عليه لأن الالتزام كان بأمره، **والثاني**: لا يرجع لأن الأداء كان بغير أمره. وقيل فيه وجه ثالث: أنه إن أجبر على أداء الحق رجع إليه وإن دفع مختاراً لا يرجع.

فرع آخر

لو اختلفا عند الرجوع فقال المحال عليه: لم يكن عليَّ شيء، وقال المحيل: كان لي عليك ما أديت الحوالة فالقول قول المحال عليه لأن الأصل أنه لا شيء عليه، ذكره ابن سريج رحمه الله.

فرع آخر

لو أبرأه المحتال لم يرجع هو على المحيل لأنه لم يغرم عنه شيئاً. وإن دفع الحق ثم وهبه له هل يرجع عليه وجهان، **أحدهما**: لا يرجع لأنه لم يغرم شيئاً، **والثاني**: يرجع وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لأنه غرم ثم رجع إليه بجهة أخرى، وهذان الوجهان كالقولين فيما لو وهبت المرأة صداقها للزوج ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع الزوج عليها بنصف الصداق؟ قولان.

فرع آخر

لو قبل من لا دين عليه الحوالة ثم أحال المحتال على آخر، فإن أحاله على من له عليه دين رجع في الحال على المحيل لأنه غرم، وإن أحال على من لا دين عليه لا يرجع في الحال على المحيل أو يوقف فإن غرم له المحال عليه ثانياً رجع الأول على المحيل، وإن لم يغرم لا يرجع.

فرع آخر

لو ضمن [١١ب/٨] رجل عن رجل ألف درهم ثم أحال الضامن المضمون له على رجل له عليه ألف بالألف وقبل الحوالة برئ الضامن والمضمون عنه ورجع الضامن على المضمون عنه إن كان ضمن بأمره وقضى بأمره. فإن كان ضمن بأمره وقضى بغير أمره فعلى وجهين، وسواء قبض المحتال أو أبرأه لأن الضامن غرم والإبراء حصل للمحال عليه فلا يسقط رجوع الضامن. وإن أحاله على من ليس عليه شيء فإن قلنا: لا تصح الحوالة فالمال باقٍ على الضامن بحاله، وإن قلنا: تصح الحوالة فقد برئت ذمة الضامن والمضمون عنه بشيء في الحال لأنه لم يغرم شيئاً، فإن قبض المحتال الحق رجع المحال عليه على الضامن ورجع الضامن على المضمون عنه، وإن أبرأه لم يرجع على المحيل الضامن ولم يرجع الضامن على المضمون عنه لأنه لم يغرم عنه شيئاً.

فرع آخر

إذا قلنا: لا تصح الحوالة على من لا دين عليه يصير كأنه التزم قضاء دين عن غيره، فإن شاء أوفى به، وإن شاء رجع عنه، فإن وفّى به هل يرجع فالحكم على ما ذكرنا.

مسألة: قال: وَفِي هَذَا دَلاَلَةٌ عَلَى أَنَّ الحَقَّ يُحَوَّلُ إلى المُحَالِ عَلَيْهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا صحت الحوالة وتحول الحق إلى المحال عليه وبرئ المحيل فلا يجوز له مطالبة المحيل بوجه سواء أفلس أو مات مفلساً، وبه قال علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه، ومالك والليث وأحمد رحمهم اللّه، وحكي عن زفر أنه قال: الحوالة تجري مجرى الضمان وله مطالبة من شاء من المحيل والمحال عليه، وهذا قول بخلاف الإجماع لا عبرة به، وقد ذكرنا أن الحوالة من التحويل والضمان من ضم الذمة إلى الذمة فحققنا حكم الاسم فيهما. وقال: الحكم يرجع عليه إذا مات المحال عليه مفلساً ولا يرجع في غير هذا الموضع. وقال أبو حنيفة: يرجع هاهنا وإذا جحد الحق وحلف، وقال أبو يوسف ومحمد: ويرجع أيضاً إذا أفلس في جنونه وحجر عليه الحاكم. واحتج الشافعي بخبر أبي هريرة الذي ذكرنا، ووجه الدليل منه أنه لو كان للمحتال الرجوع لما ضره عدم .... في المحال عليه عند الحوالة، وقد ذكر ذلك حين قال: «فإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل»[1]. وفي

---

(١) تقدم تخريجه.

هذا الخبر دليل على أن المديون إذا حل عليه الدين فسوّف مماطلاً مع التمكن من الإيفاء كان ظالماً، ولو [١٢أ/٨] أخر قضاءه للإعسار لا يكون ظالماً من طريق المفهوم، لأنه ليس بغني وهذا الفقير لو مات لقي اللّه تعالى معذوراً. وقد روي عن عائشة رضي اللّه عنها أنها قالت: لأن أموت وعليَّ دين يعلم اللّه تعالى أني أريد قضاءه أحب إليَّ من أن أخلف مثله مالاً[(١)]، وهذا دليل على أنه مع فقره لو أضمر أن لا يقضي الدين عند يساره فمات فقيراً مات عاصياً. فإن قال قائل: أخبر رسول اللّه ﷺ في حديث عمير أنه «من مات وعليه دين حجب من الجنة». وقال رسول اللّه ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى»[(٢)]. قلنا: يحتمل أنه قال في رجل فرط في قضائه مع الميسرة أو نوى ترك القضاء أو استدان فيما لا يرضاه اللّه تعالى، وفي الخبر الذي ذكرنا دليل أيضاً على أن المديون يخرج عن صفة المطل والظلم بالإحالة كما يخرج بالقضاء عنه، لأن النبي ﷺ عقب الظلم بالحوالة وأمر المستحق بقبولها. وفيه دليل أيضاً على أن صاحب الدين مأمور من جهة الندب بقبول الحوالة، وإنما يكون مندوباً إذا أحيل على مليء، ثم حكى الشافعي عن محمد بن الحسن أنه احتج بأن عثمان رضي اللّه عنه قال في الحوالة أو الكفالة: يرجع صاحبها لاقوي على مال مسلم. قال الشافعي: وهو عندي يبطل من وجهين، ولو صح لما كان له فيه حجة لأنه لا يدري قال ذلك في الحوالة أو الكفالة، وقوله: وهو عندي يبطل من وجهين اختصار مشكل، وتفسير أحد الوجهين أن راوي هذا خليد بن جعفر وهو مجهول جداً. **والثاني**: أن خليداً رواه عن إياس بن معاوية بن قرّة عن عثمان وإياس ما رأى عثمان رضي اللّه عنه. ثم أجاب بأنه لا يدري، قال ذلك في الحوالة أو الكفالة، وعندنا يرجع في الكفالة فبطل الاحتجاج به. ثم أصحابنا عارضوا بما روي أنه كان .... جد سعيد بن المسيب على عليّ بن أبي طالب رضي اللّه عنه مال فسأله أن يحيله على أحد فأحاله فمات المحال عليه فرجع إلى عليّ فقال عليّ رضي اللّه عنه: اخترت علينا غيرنا أبعدك اللّه فدل أنه ليس له الرجوع على المحيل بحال. فإذا تقرر هذا لو لم يعلمه المحتال مفلساً فظهر مفلساً بعد قبوله الحوالة لا رجوع له وكذلك لو غره وقال له: إنه هذا المحال عليه مليء وفيّ فقبل الحوالة ثم بان فقره لا يرجع، وقال مالك: يرجع [١٢ب/٨] عليه غره أم لم يغره إذا لم يكن علم بإعساره. واحتج بأن الظاهر السلامة والإعسار عيب فصار كما لو وجد بالمبيع عيباً له الخيار. وهذا غلط، لأن الأصل الإعسار لا اليسار ولأنه لو حدث الإعسار قبل قبض الحق لا رجوع بخلاف ما لو

(١) لم أجده.

(٢) أخرج نحوه الحاكم في «المستدرك» (٢٢١٩) (٢/ ٣٢) وابن حبان في صحيحه (٣٠٦١) (٧/ ٣٣١).

حدث العيب بالمبيع قبل القبض فدل على الفرق. وقال ابن سريج: إذا غره يرجع عليه والذي نقله المزني لا يعرف في شيء من كتب الشافعي، وغلط في نقله لأنه بمنزلة سلعة يشتريها ثم يجد بها عيباً له ردها، وهذا اختيار أبي حامد، وقال أيضاً: هو كما لو شرط البكارة في شراء الجارية ثم وجدها ثيباً له الرد لا للعيب، ولكن للخلفي في الشرط، وكذلك لو شرط كون العبد المبيع كاتباً أو خبازاً فلم يكن له الرد. وقال سائر أصحابنا: وهو الصحيح الأمر على ما قال المزني، وهو ثقة في النقل والدليل عليه أنه لو وضعه أنه غير مطولٍ فوجده مطولاً . . . . . . لا خيار، كذلك هاهنا ويفارق البيع لأنه لو باع عبداً وشرط أنه ثقة أمين فوجده خائناً له الخيار. ولأنه لو كان له الرجوع عند الشرط لكان له الرجوع عند عدم الشرط لأن كل نقص وعيب يثبت الرجوع بالشرط يثبت عند عدم الشرط كالرد بالعيب. ولأن حكم هذا الغروب حكم الغبن فلا يثبت به الخيار.

فرع

لو أحاله على رجل فقبل الحوالة ثم وجده عبداً قال في «الإفصاح»: قال بعض أصحابنا: ينظر فيه فإن كان عبداً لغير المحيل يتبعه إذا أعتق لأنه للعبد ذمة. وإن كان عبداً للمحيل فإن كان له كسب تعلق بكسبه، وإن لم يكن له كسب ففي ذمته وهذا إذا قلنا: الحوالة تصح من غير أن يكون للمحيل على المحال عليه دين، فأما إذا قلنا: لا تتم الحوالة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فهاهنا لا تصح الحوالة.

باب

قال المزني رحمه اللّه: هذه مسائل تحيرت فيها معاني جوابات الشافعي رحمة اللّه عليه في الحوالة، قال من ذلك لو اشترى عبداً بألف درهم وقبضه.

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى عبداً بألف ولزم البيع وثبت للبائع الثمن في ذمة المشتري فأحال المشتري البائع بالثمن على رجل له عليه ألف فقبل [١٣أ/٨] البائع الحوالة وبرئت ذمة المشتري عن الثمن، ثم أصاب المشترى بالعبد عيباً فرده على البائع وانفسخ البيع ووجب للمشتري الثمن نقل المزني إن الحوالة باطلة. وقال في جامعه الكبير: أنها لا تبطل، وقال فيه: وإن كان بينهما خيار الثلاث فرد في مدة الخيار وبطلت الحوالة لأنهما إذا تبايعا بشرط الخيار فرد لم يتم بيعهما. قال القاضي الطبري رحمه اللّه: هذا دليل على أن الحوالة بالثمن في مدة الخيار جائزة لأنه قال: بطلت الحوالة فدل ذلك أنها كانت جائزة ثم بطلت

بخلاف ما ذكر القاضي أبو حامد في الجامع. واختلف أصحابنا في هذه المسألة على أربعة طرق، فقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: الحوالة باطلة كما ذكرها هنا، والذي ذكره في الجامع الكبير خطأ من الناقل، وقال أبو حامد في الجامع: يبطل كما قال أبو إسحاق، وتأملت الجامع الكبير ونظرت في كثير من نسخه غير نسختي فوجدت الجواب في جميعها واحداً، وغلط أصحابنا في نقله، وهذا لأن الحوالة تثبت بثبوت الثمن، فإذا رد المشتري العبد بالعيب فقد سقط الثمن، وإذا سقط الثمن بطلت الحوالة. قال ابن أبي هريرة: وعلى هذا.

أقول: إذا كان البائع قبض مال الحوالة ولكن المحال عليه صار بريئاً لأن البائع قبضه بإذن المشتري فهو في معنى الوكيل فيرجع المشتري على البائع بالألف. وقال صاحب الإفصاح: لا تبطل الحوالة قولاً واحداً على ما قال في الجامع الكبير، والذي نقله المزني قول مرجوع عنه، واحتج بأن الحوالة كالقبض والحق الذي كان للبائع في ذمة المشتري أخذ به ذمة أخرى فصار كما لو أخذ به عرضاً ولو أخذ به عرضاً ثم رد العبد بالعيب لا يبطل الملك في العرض كذلك هاهنا. ويؤكده أن أخذ الذمة أقوى من أخذ العرض فوجب أن يكون بالثبوت أولى. وهذا الذي قاله لا يصح لما ذكرنا. وأما ما ذكر من المسألة فالشيخ أبو حامد لم ينكرها وأجاب عنها بأن العرض ملكه بعقد آخر وهاهنا نفس الحق يحول إلى ذمة المحال عليه، ولهذا لا يجوز أن يختلف ما في ذمة المحيل والمحال عليه فافترقا. وقال القاضي الطبري لا نسلم هذه المسألة أيضاً، وإذا فسخ البيع بالعيب يلزمه رد [١٣ب/٨] العرض الذي أخذه بدلاً من الثمن، ولا فرق بين المسألتين. ومن أصحابنا من قال: يحمل القولين على اختلاف الحالين، فالذي قاله هاهنا أراد إذا لم يكن قبض البائع من المحال عليه مال الحوالة، والذي قاله في الجامع الكبير: أراد إذا كان قد قبض المال فإن المحال عليه قد بريء فلا يجوز انتقاضه بعد سقوط الحق، وبراءة ذمته منه. ومن أصحابنا من قال: يحمل على اختلاف حالين من وجه آخر، فالذي قاله هاهنا أراد إذا كان العيب متقدماً لا يجوز حدوث مثله بعد اليقين أو يجوز حدوث مثله ولكن البائع اعترف بأنه كان به قبل القبض فتبطل الحوالة، لأن البائع اعترف أنه لا يستحق الثمن. والذي قاله في الجامع الكبير: أراد إذا أنكر البائع هذا وكان العيب مما يجوز حدوثه بعد القبض فنكل البائع عن اليمين وردّ اليمين على المشتري فحلف واستحق الرد لا تبطل الحوالة، لأن الحوالة تبطل باتفاق المحيل والمحتال كما كان تمامها بهما، ولو أبطلناها هنا لأبطلناها بقول المحتال وحده، وهو المشتري، وتحكى هذه الطريقة عن أبي إسحاق، وفي هذا نظر لأنه إذا استحق الرد بالثمن مع النكول كان بمنزلة إقراره. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه طريقة خامسة

وهي: أن فيه قولين مبنيين على المعنيين فإن قلنا: الحوالة مبادلة لم تبطل كما قلنا في المسألة التي احتج بها صاحب الإفصاح، وإن قلنا: أنها قبض بطل لأنه نوع رفق فلما سقط الثمن عن ذمة المشتري بطل ذلك الرفق، كما لو اشترى شيئاً بألف مكسر فأعطى ألفاً صحاحاً ثم رد المبيع بالعيب يلزم البائع أن يرد إليه ألفاً صحاحاً، وليس له أن يقول: أرد المكسر ويبقى لي الرفق لأن ذلك الرفق تبع لهذا البيع، وقد فسخ البيع. قال هذا القائل، فإذا قلنا: لا تبطل الحوالة فإن كان البائع قبض المال سلمه إلى المشتري. وإن لم يكن قبض هل للمشتري أن يطالبه بالمال قبل أن يقبضه هو من المحال عليه وجهان، والأصح أنه لا يلزمه رد المال إليه، وليس له مطالبته لأن الرد على حسب القبض، وهو لم يقبض عين المال وإنما قبض حكماً. وسائر أصحابنا قالوا: المشتري يطالب البائع بالألف بكل والبائع يطالب المحال [١٤أ/٨] عليه بألف وهذا أصح عندي. وقيل: أصح الطرق إن لم يصح النقلان الطريقة الأولى، وإن صح النفلان فالطريقة الثالثة.

فرع

لو تزوج امرأةً وأصدقها ألفاً ثم أحالها بالألف على رجل له عليه ألف فقبلت وبرئت ذمة الزوج، ثم انفسخ النكاح قبل الدخول بالردة من جهتها، قال ابن سريج رحمه الله: الحكم فيه كما لو انفسخ البيع بالعيب وقد ذكرنا، وقال القاضي الطبري: عندي إن لم تكن قبضت بطلت الحوالة وللمحيل مطالبته بدينه، وإن كانت قبضت يأخذه الزوج من يدها والمحال عليه برئ بدفعه إليها.

فرع آخر

لو كان البائع هو المحيل والمشتري هو المحتال عليه والمحتال أجنبي فقبل الحوالة برئ المشتري من حق المحيل فصار الحق عليه للأجنبي دون البائع، فإذا أصاب المشترى به عيباً فرده وانفسخ البيع، قال ابن سريج: لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ورجع المشتري على البائع بالثمن، لأن المحتال ملك المال بعقد بعد تمام البيع بين البائع والمشتري فكان في إبطالها إبطال الحق الثابت للأجنبي، ولا يجوز ذلك فبقيت بحالها. وهكذا إذا كان العبد في يد البائع قبل التسليم لم تبطل الحوالة، لأن ملك الثمن إذا زال إلى غير المتعاقدين بعقد يستأنف لم يبطل العقد بفسخ البيع، وإذا لم يزل إلى غير المتعاقدين بطل العقد الثاني بفسخ البيع الأول.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَ البَائِعُ أَحَالَ عَلَى المُشْتَرِيْ بِهَذَا الأَلْفِ رَجُلاً لَهُ عَلَيْهِ أَلفٌ ثُمَّ تَصَادَقَ البَائِعُ وَالمُشْتَرِيْ أَنَّ العَبْدَ الذِيْ تَبَايَعَاهُ حُرُّ الأَصْلِ فَإِنَّ الحَوَالَةَ لاَ تُنْقَضُ.

الفصل

وهذا كما قال: لو باع رجل من رجل عبداً وأحال البائع بالثمن رجلاً آخر على المشتري ثم تصادق البائع والمشتري على أن العبد كان حر الأصل، نظر فإن كذبهما المحتال لم يقبل قولهما عليه كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قوله على المشتري الثاني، ويحلف المحتال أن البيع وقع على رقيق يملك فإذا حلف حكم بصحة الحوالة، ويطالب المشتري بالألف. وإن أقاما بيّنة لم تسمع منهما [١٤ب/٨] لأنهما كذبا بينتهما بدخولهما في التبايع. وإن أقام العبد البيّنة بحريته ثبتت حريته وبطلت الحوالة. وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة باعترافه. ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة كانت بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف لا تبطل الحوالة لجواز أن تكون الألف الذي له على المشتري من غير ثمن هذا العبد ولا يرجع المشتري على المحيل بشيء، لأنه مقر بأن المحتال ظلمه فلا يرجع عليه بما ظلمه به غيره. ولو أقام البيّنة على أن الحوالة كانت ثمنه سُمعت البيّنة في ذلك لأنهما لم يكذباها.

مسألة: قال: وَلَوْ أَحَالَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَضَمِنَهُ لَهُ ثُمَّ اخْتَلَفَا.

الفصل

وهذا كما قال: إذا أحال رجل على رجل بألف درهم وضمنه له ثم اختلفا لا يخلو اختلافهما من أحد أمرين: إما أن يكون في لفظ الحوالة فيقول المحيل: ما تلفظت بلفظ الحوالة فأنت وكيلي في قبضه، وقال المحتال: تلفظت بلفظ الحوالة فالحق لي استوفيته لنفسي، فالقول قول المحيل مع يمينه، لأن الأصل أن حق المحتال في ذمة المحيل وحق المحيل في ذمة المحتال عليه والمحتال مدعي لانتقاله فكان عليه البينة، وإما أن يتفقا على لفظ الحوالة مثل أن يقول: أحلتك على فلان بألف درهم ولم يقل بالألف الذي لك عليَّ وقبله المحتال على هذا الإطلاق، ثم اختلفا فقال المحيل: أردت بها الوكالة، وقال المحتال: أردت بها الحوالة قال المزني: القول قول المحيل وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وصوّبه أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهم رحمهم الله، لأنهما لو اختلفا في اللفظ كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا في معناه لأن الأصل أن حق كل واحد منهما ثابت في الذمة التي وجب فيها والمحتال يدعي انتقال حقه وتملك الحق الذي كان للمحيل في ذمة غيره فكان عليه البينة. ومن أصحابنا من خالف المزني، وقال: القول قول المحتال، لأن الظاهر معه فإن لفظ الحوالة موضوع لإسقاط الدين بعوض دون التوكيل وهذا اختيار ابن سريج رحمه الله، والأول هو المشهور. فإذا ثبت هذا فلا يخلو المحتال من أحد أمرين: إما أن

يكون قد قبض المال من المحال عليه أو لم يكن قبض، فإن كان قد قبض فقد برئ [١٥أ/٨] المحال عليه لأنه دفعه إليه بإذن صاحبه. فإن كان باقياً في يده وكان المحيل غير ممتنع من أداء حق المحتال أخذ المال من يده ودفع إليه حقه. وإن كان ممتنعاً كان للمحتال أخذه بحقه.

ومن أصحابنا من قال: إذا أخذ منه المحيل ما قبضه فهل يرجع هو عليه بحقه وجهان، **أحدهما**: لا يرجع عليه لأنه أقر بأنه برئ من حقه بالحوالة. **والثاني**: يرجع وهو الأصح لأن هذا المحيل قد أخذها قبضه هو، فإن كان صادقاً في الوكالة فحقه عليه باقٍ، وإن كان كاذباً فما أخذه منه أخذه بغير حق فكان له المطالبة بدينه، فإنه واجب عليه بقولهما. وإن كان تالفاً نظر فإن كان قد تلف بغير صنع منه لا شيء عليه، لأنهما اتفقا على براءته، فإن المحيل يقول: كنت وكيلي فلا ضمان عليك فيما تلف في يدك والمحتال يقول: تلف مالي. وإن كان قد أتلفه كان عليه ضمانه وقد وجب عليه مثل حقه فيتقاصان. وإن لم يكن قبضه من المحال عليه لم يكن له مطالبة المحال عليه بالمال، لأن الحوالة لم تثبت له، والوكالة قد أنكرها فلا تكون له المطالبة بوجه وللمحيل مطالبة المحال عليه بالمال الذي في ذمته، وهل يجوز للمحتال مطالبة المحيل؟ وجهان، **أحدهما**: لا مطالبة له لأنه أقر أنه لا حق له في ذمته، **والثاني**: له مطالبته لأن الحاكم قد حكم بأنه كان وكيلاً فله أن يرجع بما له على المحيل، ولو خالف وقبض هل يضمن؟ وجهان، بناء على أنها هل تكون حوالة فاسدة؟ أو وكالة فاسدة؟ فإن قلنا: حوالة فاسدة يضمن، وإن قلنا: وكالة فاسدة لا يضمن، ذكره في الحاوي. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان في الابتداء لفظ الحوالة فالقول قول المحتال قولاً واحداً، وصورة ما ذكر المزني أنه قال: اقبض من فلان ما لي عليه وهو ألف درهم ثم اختلفا ماذا أراد به الحوالة أو الوكالة، فالقول قوله أنه أراد الوكالة، وإنما يفيد هذا الاختلاف إذا كان الآمر قد أفلس فلو ثبتت الحوالة لكان حق المحتال قد وصل اليد ولم يحتج إلى مزاحمة الغرماء. وإن كانت وكالة احتاج إلى مزاحمة الغرماء. فإن قال قائل على هذا لمَ صور المزني المسألة بلفظ الحوالة، وقال في آخر التصوير وتصادقا على الحوالة والضمان، قلنا: المصنف قد يصور المسألة أحياناً بعين لفظ متخاصمين [١٥ب/٨] وأحياناً بمعنى لفظهما لا بعين عبارتهما، فصورة المسألة ما ذكرنا أنه قال: اقبض من فلان ألف درهم، ثم اختلفا فقال المأمور: كنت محتالاً، وقال الآمر: كنت وكيلاً، قال هذا القائل: ولو قال المأمور: قلت لي: خذ ومرادك الحوالة، أو مرادك الوكالة لم يقبل منه دعوى المراد ولا يسمع في ذلك دعوى الضمائر، وحكي عن ابن سريج أنه قال: الوجهان فيه مبنيان على أصل وهو إذا ضرب ملفوفاً فقده باثنين ثم اختلف هو وولي المقدود أنه كان

حياً أو ميتاً فيه قولان، **أحدهما**: القول قول الولي لأن الأصل بقاء الحياة. **والثاني**: القول قول الجاني لأن الأصل براءة الذمة، كذلك هاهنا الأصل بقاء المحيل في ذمة المحال عليه وحقيقة اللفظ للحوالة، فكانت المسألة على وجهين. وأما قوله: وضمنها له قد قيل: ذكره تأكيداً ولا يكون ضمان المحال عليه شرطاً في صحة الحوالة، وقيل: أنه شرط في صحة الحوالة وهذا قول المزني والزبيري والاصطخري، ومن قال يعتبر فيها رضا المحال عليه. وقيل: إنه صور في الحوالة على من لا حق عليه للمحيل فيجري مجرى الضمان، ولا يصح إلا برضاه. قال المزني رحمه الله: ولو قال المحتال أحلتني عليه لا أقبضه لك.

الفصل

وهذا كما قال هذه المسألة بالعكس مما تقدم وهي أن: يقول المحيل أحلتك بما لك عليَّ حتى تقبضه لنفسك، وقال المحتال: كنت وكيلاً لك وإنما يقع هذا الاختلاف إذا كان المحال عليه مفلساً أن يكون المال تلف في يد القابض فيكون القول قول المحتال مع يمينه على قول المزني وأكثر أصحابنا، ويكون القول قول المحيل على قول ابن سريج لأن الظاهر معه. فإذا قلنا بالأول: فحلف حكمنا بأنه وكيله وأن حقه باقٍ في ذمة المحيل، ثم أن يكون قد قبض الألف أولاً فإن لم يكن قبض كان للمحتال قبض حقه من المحيل، وهل يرجع المحيل على المحال عليه؟ وجهان، **أحدهما**: يرجع لأن الحاكم حكم بأن المحتال وكيله وما قبض. ولأن إقراره بها للمحتال مشروط بسقوط حقه من ذمته وما سقط هاهنا، **والثاني**: لا يرجع لأنه معترف بأن ذمة المحال عليه قد برئته بالحوالة عن حقه. وليس له بعد ما حلف أنه كان وكيلاً أن يقبض الحق من المحال عليه، لأنه صار معزولاً بقول المحيل. وإن كان قد قبض [١٦أ/٨] الحق برئت ذمة المحال عليه، لأنه قبض ما عليه للمحيل بأمره. ثم لا تخلو الألف المقبوض من أحد أمرين: إما أن تكون قائمة، أو تالفة، فإن كان قائمة فالمحتال يقول: هو في يدي أمانة للمحيل لأني وكيله في الحفظ له، والمحيل يقول: بل الألف له لأنه قبضه لنفسه فيقول الحاكم للمحتال: أنت تدعي على المحيل ألفاً وله في يديك ألفاً فأمسكه لنفسك. وإن كانت الألف تالفة نظر فإن كان بتفريط من المحتال فعليه ضمانه للمحيل وله على المحيل ألف فيتقاصان على ما نقوله في المقاصة، وإن تلف بغير تفريط فالمذهب أنه لا يضمنه ويرجع إلى المحيل بحقه لأنه ثبت أنه وكيل بيمينه، والتوكيل لا يضمن مالاً بالتعدي. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، **أحدهما**: هذا، **والثاني**: لا ينفعه يمينه في أن لا يضمن ما تلف في يده فيحلف الآمر ويغرمه ما قبض وتلف في يده، وإنما ينفعه يمينه في أنه لا حوالة والصحيح ما ذكرنا.

فرع

لو قال: ضمنت لك مالك على فلان على أنه بريء منه فالحكم فيه مبني على ما ذكرنا من الخلاف، فعلى قول المزني: يكون حوالةً بلفظ الضمان، وعلى قياس قول ابن سريج: يكون ضماناً باطلاً اعتباراً بظاهر اللفظ.

فرع آخر

لو قال: أحلتك على زيد على أنني ضامن للمال حتى تقبضه فعلى قياس قول المزني: يكون ضماناً بلفظ الحوالة فيصح إذا قبل المحال عليه، وعلى قياس قول ابن سريج: يكون حوالة فاسدة اعتباراً بظاهر اللفظ، وما اقترن به من فساد الشرط.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَحَالَهُ المَطْلُوبُ بِهِ عَلَى رَجُلٍ عَلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ أَحَالَهُ المُحَالُ بِهِ عَلَيْهِ عَلَى ثَالِثٍ.

الفصل

وهذا لو قال: المحال عليه إذا أحال المحتال على آخر صحت الحوالة لأنه دين يجوز أن يأخذ عنه عوضاً فجاز أن يحيل به، وهذا يدل على أن مال الحوالة بمنزلة المقبوض لأن التصرف فيه جائز مجرد العقد. وعلى هذا أبدا يكون المحتال واحداً والمحال عليه يتكرر. ولو أن الأخير أحاله على الأول عاد الحق إليه .... وإن تكرر المحتال دون المحال عليه مثل أن قبل الحوالة فتحول الحق إلى ذمة المحال عليه ثم المحتال أحال به آخر عليه ثم المحتال الثاني أحال به آخر عليه ثم الثالث أحال به آخر عليه فكل هذا [١٦ب/٨] صحيح، لأنها حوالة بحق ثابت، فلا فرق بين أن يتكرر المحتال أو المحال عليه، وليست الحوالة في ذلك كالضمان، لأن الحوالة كاسمها إحالة حق من ذمة إلى ذمة، والضمان كاسمه ضم ذمة إلى ذمة، وتضمين حق في ذمة. وأما قول المزني رحمه الله: فأحاله على رجل له عليه ألف درهم دليل على أنه لا تصح الحوالة على من لا حق عليه.

فرع

لو كان له على رجل ألف درهم فقال لآخر: لا حق له عليه أحلتك بألف درهم على فلان على أنك إذا أخذت منه فأنت بريء مني، قال ابن سريج: لا يصح هذا الشرط، والظاهر أنه وكالة لأنه لا يجوز أن يكون حوالة ولا حق له عليه ولا يجوز أن يكون هبة له لأن هبة ما في ذمة الغير لا تجوز. فإن مات المحال عليه لم تبطل الوكالة، وإن مات المحيل بطلت، لأن الوكالة تبطل بموت الموكل.

فرع آخر

لو أحاله على رجل بدين له عليه ثم دفع المحيل المال الذي كان عليه إلى المحتال صح قضاؤه للدين عن المحال عليه، ولا يرجع به عليه لأنه قضى عنه الدين بغير إذنه ، وقال أبو حنيفة: له الرجوع به ولا يكون متبرعاً بناءً على أصله أن الدين باقي في ذمة المحيل من طريق الحكم، ولهذا يرجع عليه عند تعذره، وهذا غلط لأنه لا يملك إبطال الحوالة واسقاط حقه عن المحال عليه فما يدفعه يكون تبرعاً فلا رجوع به.

فرع آخر

لو أحال بدين مؤجل إلى سنة على رجل له عليه دين مؤجل إلى سنة صحت الحوالة ثم إن مات المحيل لم يحل دين المحتال لأن الدين قد سقط عنه بالحوالة، ولو مات المحال عليه حَلَّ الدين لأن الدين المؤجل يحل بموت من عليه. وإن مات المحتال لم يحل الدين.

فرع آخر

لو كان له على رجل ألف درهم فأحاله على رجلين له عليهما ألف درهم على كل واحدٍ منهما خمسمائة تصح الحوالة، وللمحتال أن يأخذ خمس مائة من أحدهما وخمس مائة من الآخر. وإن كان أحاله عليهما بشرط أن يكون كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه ما عليه فهل تصح الحوالة؟ قال ابن سريج: فيه وجهان، **أحدهما**: تصح لأنه ضمان دين مستقر وهذا اختيار أبي حامد وهو الأشبه. **والثاني**: لا تصح لأن الحوالة معروف ورفق فإذا حصل فيها طلب الزيادة خرجت عن معناها وضارعت الربا كالقرض الذي يجد المنفعة وهاهنا طلب الزيادة فإنه كان له مطالبة واحد [١٧أ/٨] والآن يطالب اثنين وهذا اختيار القاضي الطبري رحمه الله، ومن قال: بالأول أجاب عن هذا بأن الزيادة الممنوعة في القدر أو وهذه الزيادة ليست بواحد منهما، ولهذا جازت الحوالة على من هو أغنى منه وأسهل أداء. وعلى هذا الخلاف إذا كان دينه بغير رهن فأحاله بدين على رهن.

فرع آخر

إذا اشترى من رجل دراهم بدنانير في الذمة ثم أحاله على رجل بالدنانير في المجلس وتفرّقا، قال القاضي الطبري: قال بعض أصحابنا: تصح الحوالة ولا يبطل الصرف، قال القاضي: وهذا عندي إذا كانا قد تخايرا وسقط الخيار فأما مع بناء الخيار لا تصح الحوالة. وعلى هذا إذا أحال برأس مال السلم في المجلس بعد التخاير ثم تفرّقا، لم يبطل السلم هكذا ذكر في مجرّد المذهب، وقال في المنهاج من أصحابنا من قال: الحوالة قبض وهو

عندي غلط، لأنه لا تصح الحوالة في عوض الصرف قبل التفرق ورأس مال السلم أيضاً، وهذا خلاف ما ذكر في المذهب وهذا أصح، وقد ذكرنا فيما مضى أن التخاير في الصرف يبطله إذا لم يكن قبض عوض الصرف. وسمعت بعض أصحابنا بخراسان: ذكر فيه وجهين، وقال: المنع أسلم في النظر وليس مذهب.

فرع آخر

لو كان لرجل على رجلين ألف درهم على كل واحد منهما خمس مائة وكل واحدٍ منهما كفيل ضامن عن صاحبه، ولرجل عليه ألف فأحاله عليهما على أن يطالب أيهما شاء، هل تصح الحوالة؟ قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان، لأنه زاد حقه بذلك فإنه كان يطلب حقه من محل واحد والآن يطلبه في محلين وهو نظير المسألة السابقة.

فرع آخر

لو كان عليه ألف إلى سنة فأحال به على رجل لا حق له عليه فقبل وقلنا: يلزم وصحت ولزمت على ما ضمنه فيقضي ذلك في محله. فإن قضاه بعد محله بإذنه رجع عليه به، وإن قضاه قبل محله لم يرجع على المحيل في الحال لأنه قد تطوع بالتقديم فهو كما لو قبل الحوالة بمكسرة ثم أعطاه صحاحاً لم يرجع إلا بالمكسرة. وإن كانت المسألة بحالها وحل الحق أو كان الحق حالاً فقبل: الحوالة لزمه أن يعطى المحتال، فإن قال المحال عليه للمحيل: أعطني رهناً لما لزمني عنك فأعطاه لم يصح لأنه لا يملك الرجوع عليه حتى يغرم.

فصل:

في الدعوى في الحوالة وفيه مسائل إحداها: إذا كان لزيد على عمرو [١٧ب/٨] ألف ولخالد على زيد ألف فقال خالد لعمرو: قد أحالني زيد عليك وأنكر عمرو فالقول قول المحال عليه فإن خلف سقطت دعوى المحتال وللمحيل أن يقبض حقه من المحال عليه، لأن حقه باقٍ في ذمته وهو معترف له به. وأما المحتال لا يرجع على المحيل بشيء لأن قبوله الحوالة اعتراف بقبض الحق، وإن نكل المحال عليه حلف المحتال واستوفى حقه منه وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بحقه لأنه يقول: أعطيته ظلماً وهو يقول: صدقت قبضه عني ظلماً فلك أن ترجع عليَّ بحقك، وإن صدَّق زيد خالداً على ما قال برئ عمرو من دينه، وإذا قلنا: لا يشترط رضى المحال عليه في الحوالة ثبتت الحوالة بتصديقه وله المطالبة ولا يضرّه تكذيب المحال عليه. وإن صدق عمرو خالداً وجب عليه دفع المال ثم

ينظر في زيد فإن صدقه فلا كلام، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف رجع على عمرو بالألف ولا يرجع خالد عليه بشيء لأنه أقر أنه استوفى حقه بالحوالة بإقراره، وله أن يستوفي ذلك من عمرو لتصادقهما على الحوالة، والثانية: لو كان له ألف درهم على رجلين على كل واحدٍ خمس مائة ولهما على رجل ألف درهم لكل واحد منهما خمس مائة فادّعى من له الألف عليهما أنهما أحالاه بالألف الذي عليهما على من لهما عليه ذلك الألف وأقام بذلك شاهدين نظر فإن شهد للمحتال ابناه لم تقبل شهادتهما لأبيهما، وإن شهد أبناء المحيلين أو ابنان لأحدهما قبلت لأنها شهادة على أبيهما. فإن كانت المسألة بحالها وكان المدعي المحيلين ادعيا أنهما قد أحالاه بالألف عليهما نظر فإن شهد بها أبناء المحتال قبلت لأنها على أبيهما، وإن شهد لهما ابناهما لم تقبل شهادة من شهد لأبيه منهما ولكنه قد شهد لأبيه ولشريك أبيه فردت في أبيه للتهمة. وهل ترد في غير أبيه قولان، وهذا أصل كل من شهد لرجلين بحق فردت شهادته في أحدهما للتهمة، هل تقبل للآخر قولان. وإن ردت في أحدهما للعذارة مثل إن قالا قذفنا وقذف زيداً ردت في الكل. فإذا قلنا: ترد فلا كلام وإذا قلنا: لا ترد في حق شريك أبيه فقد حصل لكل واحد منهما شاهد واحد بما يدعيه [١٨أ/٨] فيحلف معه ويستحق لأنه إثبات مال، فإن كانت المسألة بحالها فكان المحتال هو المدعي ولكن المدعى عليه هما هو المحال عليهما، فإن شهد له ابناه لم يقبل، وإن شهد له أبناء المحال عليه قبلت، والثالثة: إذا كان له على رجل ألف فادّعى عليه أنك أحلت به عليَّ فلان الغائب فالحق له دونك فالقول قول صاحب الحق. فإن أقام هذا المدعي البينة سمعت وحكم على المحيل بسقوط حقه من المحال عليه، ولم يحكم بها للغائب لأن القضاء للغائب لا يجوز، وإذا عاد الغائب نظر، فإن ادعى ذلك وصدّقه المحيل قبض ذلك منه وإلا أقام البينة ثانياً وقضى بحاله عليه بالحوالة ولا تكفي البينة التي أقامها المحال عليه، هكذا ذكر ابن سريج، وفي هذا نظر لأنه إذا قدم من الغيبة يدعي على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له فلا حاجة به إلى إقامة البينة، ولو دفع هذا المحال عليه إليه لم يكن لصاحب الدين مطالبته بشيء لأن المطالبة سقطت عنه بالبينة. ولو جاء إلى رجل فقال لفلان الغائب: عندك ألف فقال: نعم، فقال: قد أحالني به عليك فأنكر فالقول قوله. فإن أقام المحتال البينة به قال ابن سريج: حكمت بها في حقهما وحق الغائب معاً، وألزمت المحتال عليه التسليم لأنه قضاء على غائب.

كتاب الضمان

قال: قال الله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، وهذا كما قال: لا خلاف بين المسلمين في جواز الضمان، وإنما أورد المزني رحمه الله الأدلة ليبين أنه أمر معهود قديم لا ليستدل بها على مخالف. والأصل في جوازه ما ذكر من الأدلة، **أحدها**: قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، فأخبر عن الضمان في شرع من قبلنا ولم يعقبه بنكير، فدل على جوازه.

فإن قال قائل: الحمل مجهول فكيف صح ضمانه، قلنا: لعله كان معلوماً عندهم، كان كالوقر معلوم المقدار عند أهل البلد إذا أطلق.

وكذلك الوسق معلوم حتى علق النبي ﷺ به حكم العشر.

فإن قيل: كيف يصح أن يضمن للسارق شيئاً على رد ما سرق؟، قيل: لم يضمن الضامن للسارق شيئاً، وإنما ضمن للمسترجع من السارق. ومثل هذا الضمان جائز، فإن قيل هذا [١٨ب/٨] المنادي ملتزم بقوله: وفيه جاء به حمل بعير، فما معنى قوله: وأنابه زعيم.

قيل: لعله أخبر عن الملك بالالتزام وعلى نفسه بالضمان، وذلك أن يوسف صلى الله عليه أمر أن يجعل الصاع في رحل ابن بامين ثم بعث في أثرهم من قال: إنكم لسارقون صاع الملك، وكان قصده أن يمسك ابن بامين عنده، فإنه كان في شريعة يعقوب صلى الله عليه أن من سرق استعبده المسروق منه سنةً. والصحيح أن المزني جعل لفظ الزعامة حجةٌ، لأن ضمان الجعل قبل استقرار وجوبه لا تجوز. والزعيم الضمين وفيه لغات ضمين وزعيمٌ وحميل وكفيل وقبيل وصبير. واحتج أيضاً بقوله تعالى: ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠]، أي: ما يقول الكفار إنا نجعل المسلمين كالمجرمين وبما ذكر من بعده. وتعلقه من هذه الآية بلفظ الزعيم، إذ ليس فيها حكم الضمان. واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الزعيم غارم»، وتمام الخبر ما روى أبو إمامة الباهلي رضي الله عنه قال: خطب رسول الله ﷺ يوم فتح مكة فقال «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين

مقضي والزعيم - يعني الكفيل - غارم»[١].

واحتج بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي اللّه عنه قال: كنا مع رسول اللّه ﷺ في جنازة، فلما وضعت قال النبي ﷺ: «هل على صاحبكم من دين، قالوا: نعم درهمان، قال: صلوا على صاحبكم، فقال علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه: يا رسول اللّه لهما عليَّ وأنا لهم ضامن فتقدم رسول اللّه ﷺ ثم أقبل على علي رضي اللّه فقال: جزاك اللّه عن الإسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»[٢]، فدل على أن الدين يلزم بالضمان.

وروى جابر بن عبد اللّه: أنّ جنازة وضعت بين يدي رسول اللّه ﷺ، فقال ﷺ: «هل على صاحبكم من دين، قالوا: نعم ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة رضي اللّه عنه : هما عليَّ يا رسول اللّه وأنا لهما ضامن، فصل النبي عليه». قال أبو قتادة رضي اللّه عنه: هما عليَّ يا رسول اللّه وأنا لهما [١١٩أ/ ٨] ضامن، فلقيني رسول اللّه بعد ثلاثٍ فقال: «ما فعلت في دين أخيك فقلت: الآن قضيته، فقال: الآن بردت جلده عن النار»[٣].

ثم قال جابر رضي اللّه عنه: هذا نسخ حين كثرت الأموال، وأصبح النبي ﷺ يوماً خطيباً فقال: «من خلَّف مالاً أو حقاً فلورثته، ومن خلَّف ديناراً أو كلاً فكله إليَّ ودينه عليَّ، فقيل: يا رسول اللّه عليه وعلى كل إمامٍ بعدك، فقال: على كل إمامٍ بعدي»[٤].

وروي أنه قال: «من ترك ديناً فعليَّ قضائه»[٥]. فقيل: معناه إذا لم يكن له مال فعليَّ قضائه من مال الصدقات من سهم الغارمين. وقيل: معناه من ترك ديناراً له ومالاً فعليَّ اقتضاء الدين له، واستخراجه ممن هو عليه حتي يصير مع ماله الذي تركه إلى ورثته. ثم قال المزني رحمة اللّه عليه: روى الشافعي رحمة اللّه عليه في قسم الصدقات أن رسول اللّه ﷺ

---

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٢١٢٠) وأبو داود في البيوع، باب في تضمين العور (٣٥٦٥) وأحمد في «مسنده» (٢١٧٩١).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٢٩١) (٣/ ٧٨) والبيهقي في «الكبرى» (٦/ ٧٣).

(٣) لم أجده.

(٤) ذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٨).

(٥) أخرجه البخاري في الحوالات، باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع (٢٢٩٧) والترمذي في الجنائز عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الصلاة على المديون (١٠٧٠) والنسائي في الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين (١٩٦٢) وأبو داود في البيوع، باب في التشديد في الدين (٣٣٤٣).

قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لثلاثة»[(١)]، ذكر منها رجلاً تحمل بحمالة فحلت له الصدقة.

قال المزني: فكانت الصدقة محرمةً عليه قبل الحمالة فلما تحمل لزم الغرم بالحمالة، فخرج من معناه الأول إلى أن حلت له الصدقة، وهذا الدليل الذي ذكر ودليل واضح على صحة الضمان. ولكن المزني أخل بالنقل، لأن الشافعي ما روى الحديث هكذا، بل روي أن رسول اللّه ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغنيٍ إلا لخمسةٍ، لغازي في سبيل اللّه، أو لعاملٍ عليها، أو لغارمٍ، أو لرجل اشتراها بماله، أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكينُ للغني»[(٢)]، فليس في هذا الحديث ذكر الثلاثة ولا ذكر الحمالة، والخبر الذي ذكر فيه الحمالة ما روي عن قبيصة بن المخارق أنه قال: تحملت بحمالةٍ فأتيت النبي ﷺ فسألته فقال: «نؤديها عنك أو نخرجها عنك إذا قدم نعم الصدقة يا قبيصة»[(٣)] المسألة حرمت إلا في ثلاثٍ: رجلٍ تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجلٍ أصابته فاقة أو حاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة من ذوي الحجي من قومه أن به فاقة أو حاجة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش ثم يمسكه، ورجل أصابته جائحة فأجتاحت ماله فحلت له الصدقة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش ثم يمسك. وما سوى ذلك [١٩ب/٨] من المسألة فهو سحت ففي هذا الخبر ذكر الحمالة وهي الضمان وليس فيه ذكر الغني وتحليل الصدقة له، فدل على أن المزني غلط وخلط أحد الحديثين بالآخر.

فإذا تقرر هذا فالضمان يفتقر إلى ثلاثةٍ: ضامنٍ ومضمونٍ له ومضمونٍ عنه، كالحوالة تفتقر إلى محيل ومحتالٍ ومحالٍ عليه، فإذا ضمن عن رجل مالاً فهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه. قال ابن سريج: فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أنه يجوز وإن لم يعرفهما وصورته رجل غريب حكي له أن لعمرٍو على زيد ألف درهمٍ وهو لا يعرف واحداً منهما فقال: أنا ضامن لعمرٍو عن ذيد ذلك، وهذا لأنه التزم على طريق الوثيقة فصار كالتزام الشهادة لا يفتقر إلى معرفة المشهود له والمشهود عليه، ولأن خبر علي بن أبي طالب وأبي قتادة رضي اللّه عنهما يدل على هذا لأنهما لم يعرفا ذلك.

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة، باب من تحل له المسألة (١٠٤٤) بلفظ: لا تحل المسألة إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فعلت له المسألة» والنسائي في الزكاة، باب الصدقة لمن تحمل بحمالة (٢٥٧٩) وأبو داود في الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة (١٦٤٠).

(٢) أخرجه أبو داود في الزكاة، باب من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني (١٦٣٥) وأحمد في «مسنده» (١١١٤٤) ومالك في الزكاة، باب أخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها (٦٠٤).

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٥٤٨٦).

والثاني: لا يجوز حتى يعرفهما لأنه لا بد من الدفع إلى المضمون له فيحتاج أن يعرفه أنه سهل المعاملة أو الاقتضاء أو بخلاف ذلك ولا بد من الرجوع المضمون عنه فيحتاج أن يعرفه ليعلم أنه يؤدي ما عليه أو لا يؤدي.

والثالث: لا بد من معرفة المضمون له لأنه إثبات مالٍ له بالعقد ولا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينهما إذا ضمن بغير إذنه ولا رجوع عليه، وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأنه قال في اختلاف العراقيين: ولو ضمن دين الميت بعد ما يعرفه ويعرف لمن هو فالضمان لازم. ونقل المزني منه إلى المختصر فشرطا معرفة مقدار المال ومعرفة المضمون له وحده.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يختلف المذهب، أن معرفة المضمون عنه شرط في المضمون له وجهان ظاهر الخبرين أنه ليس بشرط لأنهما لم يقولا وأنا ضامن لمن ، وفي هذا نظر والصحيح ما ذكرنا.

فإذا قلنا: يفتقر إلى معرفتهما لم يفتقر إلى إذن المضمون عنه ورضاه وجهاً واحدا، وهل يفتقر إلى قبول المضمون له؟ قال صاحب الإفصاح: لا يصح إلا بقبوله، وبه قال أبو حنيفة ومحمد، إلا في مسألة وهي إذا قال المريض: لبعض ورثته ضمن عني فضمن جاز، وإن كان الغرماء غيباً ولم يسلم الدين استحساناً، وهذا غلط لأنه إثبات مالٍ لأدمي فلم يثبت إلا بقبوله، كما في البيع والشراء.

وقال ابن سريج: فيه [٢٠أ/٨] وجه آخر، لا يفتقر إلي قبوله وهو اختيار ابن أبي أحمد لأنه قال: ويتم الضمان بالضامن وحده إذا علم لمن هو، وكم هو، وإلى متى هو، وعلى من هو. وبه قال أبو يوسف، لأن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا من غير قبول المضمون له وأجازه النبي ﷺ. فإذا قلنا بالأول فضمن لرجلٍ مالاً فإن قبل صح ولزم، وإن لم يقبل حتى رجع الضامن فيما ضمن صح رجوعه، كما يرجع البائع عن لإيجاب قبل قبول المشتري.

فإن قال قائل: أليست الكفالة بالبدن لا تجوز إلا بإذن المكفول عنه؟ فالكفالة بالحال وجب أن لا تجوز إلا بإذن المضمون عنه. قلنا: الفرق أنه لا يمكن إحضاره إلا بإذنه فلا يصح إلا بإذنه، وأداء المال يمكن من غير إذن من عليه فجاز بغير إذنه.

ومن أصحابنا من قال: لو خاطب المضمون له بالضمان فتمام الضمان موقوف على المضمون له بلا خلاف.

وهل يشترط قبوله أو رضاه؟ وجهان، **أحدهما**: وهو اختيار ابن سريج يشترط قبوله لفظاً لأنه عقد وثيقة يفتقر إلى لفظ الضامن فيفتقر إلي لفظ المضمون له كالرهن، فعلى هذا لو تراخى القبول لم يجز، كما في البيع والرهن. **والثاني**: لا يفتقر إلى قبوله لفظاً، لأن الضمان لو كان كالرهن لا يفتقر إلى مواجهة المضون له، ولا يفتقر إلى ذلك، كما ضمن علي وأبو قتادة رضي الله عنهما: دين الميت من غير مواجهة فدل على أنه موقوف على الرضا دون القبول، فعلى هذا إذا رضي بما يدل على الرضا في مجلس الضمان جاز، وإن تراخى عن حال الضمان.

وإن لم يظهر منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس لا ضمان عليه وللضامن أن يرجع عن ضمانه قبل رضا المضمون له، لأن الضمان لم يتم وإن رضي بالضمان لا رجوع للضامن فيه لأنه تم.

مسألة: قال: وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ حَقاً فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ.

وهذا كما قال: إذا ضمن رجل عن رجلٍ ديناً يتوجه المطالبة على الضامن والمطالبة لا تسقط عن الأصل، بل تبقى عليه ويتجدد على الضامن ويكون المال متعلقاً بكل واحدةٍ من الذمتين وله مطالبة من شاء منهما به، سواء كان قادراً على قبضه من المضمون عنه أو غير قادر عليه، لأن الضمان ليس بنقل الدين عن الذمة، بل هو: إنضمام ذمة إلى ذمةٍ، وبه قال أبو حنيفة وعامة الفقهاء. وقال [٢٠ب/٨]

ابن أبي ليلى وابن شبرمة يبرأ ذمة المضمون عنه وينتقل الحق إلى ذمة الضامن كما في الحوالة، ولكن لو تعذر استيفاؤه من الضامن يرجع إلى المضمون عنه، وكذلك في الحوالة وهو قول داود واحتجوا بقوله ﷺ لعليّ رضي الله عنه: «فكَّ فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك»[1] وقال ﷺ لأبي قتادة: «هما عليك والميت منهما بريء»[2] ولأن بقاء الدين عليه يؤدي إلى أن يصير الدين الواحد دينين وهذا لا يجوز. وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ قال في خبر أبي قتادة: «الآن برّدت على أخيك جلده»[3] فلو تحول الحق بعقد الضمان لبرّد عليه جلده بعقد الضمان قبل الأداء وإنما قال له هذا بعد الأداء ولأنه وثيقة بالحق فلا يتحول الحق بها كالرهن. وأما الخبر الأول قلنا: كان امتنع من الصلاة عليه وبالضمان فكَّهُ من هذا حتى صلى عليه رسول الله ﷺ. وأما الخبر الثاني قلنا: أراد أن الميت بريء من

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) أخرجه الحاكم في «**المستدرك**» (٢٣٤٦) (٢/ ٦٦).
(٣) تقدم تخريجه.

الرجوع في تركته وأنك تؤدي متطوعاً. وأما قوله: يصير الدين الواحد دينين غلط لأنه لا يأخذ منهما بل يأخذ من أحدهما، وإن كان يتعلق بهما حق الاستيفاء كما يتعلق بذمة الراهن وعين المرهون. وقال مالك فيما حكى أصحابنا عنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه وبه قال أبو ثور وجعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً وخرجه لنفسه وجهاً. وهذا غلط لأن الحق تعلق بالذمتين فله استيفاؤه من كل واحدٍ منهما كما لو ضمن الحق ضامنان. وقال محمد بن جرير: له الخيار في أن يبتدئ بمطالبة أيهما شاء فإذا طالب أحدهما لم يكن له مطالبة الآخر بشيء وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا.

فرع

لو كان الضمان بشرطٍ كان لصاحب الحق مطالبته على موجب الشرط مثل أن يكون له عليه الدين حالاً فضمنه مؤجلاً إلى شهرٍ يصح ويطالب المضمون عنه في الحال، ولا يطالب الضامن إلا إذا حل أجله، وكذلك لو كان المال عليه إلى شهرٍ فضمنه رجل إلى شهرين جاز ويطالبه بعد شهرين. فإن قيل: عندكم الدين الحال لا يتأجل [٢١/أ] فكيف تأجل ها هنا على الضامن؟. قيل: الدين لم يثبت على الضامن حالاً وإنما ثبت عليه ما يضمنه وقد ضمنه ابتداء مؤجلاً فمات والدين يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان ثبوته بعقد.

فرع آخر

لو كان الدين عليهما مؤجلاً فمات الضامن قبل محل الدين حل عليه الدين في تركته وله أن يطالب ورثته بقضائه، وليس له مطالبة المضمون عنه لأن الدين لم يحل عليه. ثم إذا قبض من ورثة الضامن برئ من عليه أصل الحق من حقه ولم يكن لورثة الضامن أن يرجعوا على المضمون عنه حتى ينقضي الأجل لأن الدين عليه مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل محله، وحكي عن زفر أنه قال: لهم مطالبته به قبل الأجل لأن الضامن ضمن بأمره مع علمه أنه يحل عليه بموته. وهذا غلط لأنه أدخله في المؤجل وهذا الحلول كان من غير اختياره فصار كما لو عجل الدين قبل محله لا يرجع عليه في الحال. وهكذا لو مات المضمون عنه يحل الدين عليه، ولا يجوز له مطالبة الضامن لأنه لم يحل عليه فإذا استوفاه من تركته سقط عن الضامن والمضمون عنه.

فرع آخر

لو كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: لا يصح الضمان لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله. **والثاني**: يصح الضمان ويكون

حالاً كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً. **والثالث**: يصح الضمان ويكون مؤجلاً كأصله وسقط قوله حالاً لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل وهذه الأوجه ذكرها ابن سُريج والأصح عنده الوجه الأول لأن المضمون له لا يجبر على التأجيل وقد ضمن له عاجلاً ولا يُجبر الضامن على التعجيل فيكون الفرع أقوى من الأصل فلا وجه إلا إبطال الضمان. وقال في «الحاوي»: لا يصح الوجه الثاني لأن حال الضامن أضعف من حال المضمون عنه، ثم لا يلزم المضمون عنه حالاً فالضامن أولى والمذهب الوجه الثالث ويقال له: الأولى لك أن تعجل لتفي بشرطك فإذا أبَيت إلا الأجل المستحق لم تجبر ويكون اشتراطك التعجيل تطوعاً منك لا يلزم إلا بالقبض.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح ويكون حالاً فيضمن مطلقاً ثم اختلفا فقال الضامن: ضمنته على [٢١/ ب] وصفه فهو مؤجل وقال المضمون له: ضمنته مالاً فعليك التعجيل فالقول قول الضامن لأنه اعترف بما ضمن.

مسألة: قال: فإنْ ضمنَ بأمرهِ وغرمَ رجعَ بذلكَ عَليه[١].

وهذا كما قال: إذا ضمن عن رجل مالاً وأداه لا يخلو من أربعة أحوال: **أحدها**: أن يكون الضمان والأداء بأمره فيرجع على المضمون عنه وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف رحمهم الله، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: إن قال له: اضمن عني يقتضي إقراراً منه بالحق، وإذا أطلق يصير كأنه قال: تطوع عليه أو وهب له هذا وإذا كان مخالطاً له فقد يأمره بالنقد عنه فقلنا: يرجع عليه استحساناً. وقالا: الزوجة والولد كالمخالط وهذا غلط لأنه ضمن بأمره ودفع بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو قال: اضمن عني. وأما ما ذكره لا يصح لأن قوله: انقده يقتضي أن يكون ذلك عنه لأنه لا يأمر إلا بذلك في الظاهر وليس فيه ما يدل على الأمر بالهبة. والثاني أن يكون الضمان بغير أمره فلا يرجع عليه وبه قال كافة العلماء، وقال مالك وأحمد في إحدى الروايتين: يرجع عليه وهذا غلط لخبر عليّ وأبي قتادة رضي الله عنهما ووجه الدليل أن النبي ﷺ ما كان يصلي على ميت عليه دين لا وفاء له فلو ثبت لهما الرجوع بما ضمنا لما صلى عليهما رسول الله ﷺ لبقاء الدين عليهما للضامنين. ولأنه تبرع بذلك فلا يرجع عليه كما لو أطعم عبده. ولأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه كما لو كان القاضي عدواً للمقضي عنه ووافقونا أنه لا يرجع ها هنا.

---

(١) انظر «**الحاوي**» (٦/ ٤٣٧).

والثالث أن يكون الضمان بغير أمره والأداء بأمره فالمذهب أنه لا يرجع عليه لأن الدين قد وجب عليه بغير أمره والأداء من مقتضى الوجوب السابق دون أمره، وهذا ظاهر كلام الشافعي لأنه قال: فإن تطوع بالضمان لم يرجع ولم يفرق بين أن يكون الأداء بأمره أو بغير أمره. ومن أصحابنا من قال: يرجع عليه لأن الرجوع إنما يثبت بالأداء دون الضمان وهذا الأداء كان بأمره فيرجع عليه ومن أصحابنا من قال: يُنظر فإن قال: أدِّ ما ضمنته لترجع به عليّ له الرجوع إذا أدى ولو قال: أدِّ ما ضمنته عني فيه وجهان **أحدهما**: يرجع لأنه أمره بالغرم عنه **والثاني**: لا يرجع [٢٢/أ] لأنه يحتمل أنه أراد به التطوع. **والرابع**: أن يكون الضمان بأمره والأداء بغير أمره فظاهر المذهب أنه يرجع به عليه لأنه قال: وإن ضمن بأمره وغرم رجع به عليه ولم يشترط أن تكون الغرامة بإذنه وبه قال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح» وهذا لأن الأمر بالضمان يقتضي الأداء وقد لزمه الحق بإذنه فإذا أدى رجع كما لو أعاره عبداً فرهنه بأمره ثم بيع العبد في دينه رجع به عليه ولهذا يملك مطالبته بتخليصه، وقال القاضي الطبري: نص الشافعي على هذا في كتاب «النكاح والطلاق» من رواية الربيع وفي «الإملاء» على مسائل مالك من رواية حرملة. ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: هذا، **والثاني**: لا يرجع عليه لأنه دفع بغير إذنه فصار كما لو ضمن بغير إذنه، **والثالث**: قاله أبو إسحاق: إن كان مضطراً إلى أدائه بأن كان المضمون عنه غائباً أو كان حاضراً ولم يحضره المال فطالب الضامن فأداه رجع عليه، وإن كان المضمون عنه حاضراً.. فلم يطالبه بتخليصه من الضمان وأداه إلى المضمون عنه لم يرجع ومن أصحابنا من قال: إن أداه بعد المطالبة والمحاكمة له الرجوع قولاً واحداً، وإن أداه قبل المطالبة فهل يرجع؟ وجهان، وهكذا الخلاف إذا وكل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف فاشتراه فطالب الوكيل بالثمن فإن أدى من ماله فهل يرجع إلى الموكل؟ فعلى قول أبي إسحاق إن كان مضطراً إلى أدائه بأن كان الموكل غائباً أو حاضراً إلا أنه لم يحضره المال فطالبه البائع بالأداء فأداه كان له الرجوع عليه وإن لم يكن مضطراً فلا رجوع. وعلى قول ابن أبي هريرة: يرجع عليه إلا أن يكون قال له: لا تَزِنْ عني فإذا وزن لم يرجع عليه وقيل: فيه ثلاثة أوجه لأن قبول الوكالة مع العلم بأن الثمن يتعلق بذمته بمنزلة الضمان عنه بأمره.

فرع

لو قال الضامن للمضمون عنه: أضمن عنك لفلان كذا فقال: نعم كان هذا أمراً بالضمان وقال أبو حنيفة: لا يكون أمراً وهذا غلط لأنه لو قال: اضمن عني لفلان كذا كان أمراً وهذا أوكد في الأمر.

فرع آخر

لو قال لرجل: أدِّ عني ديني كان له الرجوع عليه في أصح الوجهين ولو قال: أدِّ دين فلان ولم يقل: عني لا رجوع في أصح الوجهين.

مسألة: قال: وكَذَلِكَ كُلُّ ضَامِنٍ لاَ دَيْنٍ [٢٢/ب] وَكَفَالَةٍ فِيْ دَيْنٍ وَأُجْرَةٍ وَمَهْرٍ.

الفصل

وهذا كما قال: الكلام الآن في بيان الحقوق التي يصح ضمانها والتي لا يصح، والحقوق على أربعة أضرب حق لازم مستقر في الذمة كالثمن بعد قبض المبيع والقوضى والأجرة بعد انقضاء المدة والمهر بعد الدخول والعوض في الخلع وقيم المتلفات وأروش الجنايات كل هذا يصح ضمانه. والثاني حق لازم إلا أنه غير مستقر كالثمن قبل قبض المبيع والمهر قبل الدخول والأجرة قبل انقضاء المدة والسلم في الذمة نص الشافعي على جواز ضمانه لأنه يؤول إلى الاستقرار والسقوط بالهلاك أمر مشكوك فيه وقيل: إنه في الظاهر مستقر في الحال والهلاك مشكوك فيه فكان الحكم للظاهر. وقال أحمد في رواية: لا يصح ضمان المُسلَم فيه لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه فلا يجوز كالحوالة وهذا غلط لأنه حق لازم فصح ضمانه كالقرض. ولا يشبه الحوالة لأنه يطالب فيها ببدل الحق، وفي الضمان يطالب بنفس الحق. والثالث حق غير لازم ولا يفضي إلى اللزوم وهو حال الكتابة لأن المكاتب يقدر على الامتناع من الأداء مع القدرة على الأداء فضمانه باطل لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوى من الأصل. والرابع حق غير لازم ولكنه يفضي إلى اللزوم وهو الجعل في الجعالة قبل الفراغ من العمل فيه وجهان أحدهما لا يجوز ضمانه لأنه غير لازم في الحال ولا يؤول العقد إلى اللزوم لأنه يجوز للعامل والمعمول له الرجوع عن ذلك ولا يلزم العقد بحالٍ، **والثاني**: يجوز لأنه يؤول إلى اللزوم والاستقرار إذا رده بخلاف حال الكتابة وهذا أشبه.

فرع

ضمان الثمن في مدة الخيار هل يجوز أم لا؟ فيه طريقان **أحدهما**: يجوز وجهاً واحداً لأن الشافعي نص على أنه إذا باع شيئاً على أن يعطيه جميلاً بعينه جاز والثمن غير لازم حتى يتفرقا، وإذا جاز شرط الضمان جاز الضمان ويخالف مال الجعالة لأن ثبوته بالعقد آكد من ثبوت مال الجعالة الأقوى إن مال الجعالة لا يصير لازماً بالعقد حتى ينضم إليه العمل والثمن يصير لازماً بالعقد بالتفرق أو بمضي مدة الخيار. **والثاني**: فيه وجهان أيضاً [٢٣/أ] كما في مال الجعالة لأنه غير لازم في الحال والأول أصح فإن قيل: على هذا ليست

الحوالة بالثمن في مدة الخيار لا تجوز في قول فما الفرق؟ قلنا: فرق بينهما كما هو[1] يفرق بين ضمان الطعام في ذمة المُسلم إليه فيجوز وبين الحوالة فلا يجوز. وأما مال الجعالة بعد العمل يصح ضمانه بلا خلاف.

فرع آخر

ضمان دين الأجنبي على المكاتب يجوز لأنه لازم وفي ضمان دين السيد على المكاتب من جهة المعاملة وجهان **أحدهما**: لا تجوز لأنه يسقط بالتعجيز كالنجوم. **والثاني**: يجوز لأنه لازم في الحال، وإن كان يتوهم سقوطه بنسخ الكتابة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذان الوجهان مبنيان على أنه هل يستدام الدين عليه بعد عجزه؟ وفيه وجهان.

فرع آخر

ضمان مال المسابقة مبني على القولين فإن قلنا: إنها بمنزلة الإجارة يصح ضمانه، وإن قلنا: إنها بمنزلة الجعالة فقد ذكرنا فيه وجهين.

فرع آخر

لنفقة الزوجات ثلاثة أحوال مستقرة وهي ما وجب لزمان ماض. ولازمة غير مستقرة وهي نفقة يومها من صلاة الغداة فهذان يجوز ضمانهما ونفقتها في المستقبل فيها قولان قال في «الجديد»: تجب يوماً بيوم فعلى هذا لا يصح ضمانها. وقال في «القديم»: يجب لها بالعقد ويستقر بمضي المدة فعلى هذا يصح ضمان زمان معلوم فيقول: ضمنت نفقة عشر سنين وتضمن نفقة المعسرين لأنها أقل نفقة تجب لها. وعلى هذا يجوز ضمان نفقة الأقارب إذا وجبت، وإن كانت قد تسقط بمضي الزمان اعتباراً بلزومها وقت الضمان.

فرع آخر

ضمان دية النفس وأرش الجرح هل يجوز أم لا؟ قال أبو إسحاق رحمه الله: إن كان ذهباً أو ورِقاً وعرفاه جاز الضمان. وإن كان إبلاً اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يجوز ضمانه وأخذ البدل عنه ومنهم من قال: لا يجوز لأن الصفة التي وجبت الدية فيها بها لا يجوز عند الشكوى عليها وهو كالرقاب والطعام أوجبت في الكفارة مطلقة ولا يجوز العقد

(١) سواد في المخطوط وانظر «الحاوي» (٦/ ٤٤٢).

عليها على الإطلاق كذلك ها هنا. وقيل: هذان الوجهان مبنيان على القولين في جواز الصلح عنها على مالٍ.

فرع آخر

ضمان الأعيان هل يجوز أم لا؟ إن كانت العين أمانة [٢٣/ب] لا يجوز كالمال في يد الوصي أو الوكيل أو المقارض لأنها غير مضمون عليهم. وإن تعدوا فيها وصارت مضمونة عليهم هل يجوز ضمانها وكذلك ضمان المغصوب والعارية؟ قال في «الإفصاح»: فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه مال لزمه أداؤه فصح ضمانه كالدين في الذمة وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله، **والثاني**: لا يجوز وهو المذهب لأنه إن ضمن العين نفسها فالأعيان لا تثبت في الذمم، وإن ضمن قيمتها فهو ضمان ما لم يجب وضمان مجهول فلا يجوز. وقال ابن سريج: فيه قول آخر للشافعي وهو غير صحيح وقال أيضاً: هذان الوجهان مبنيان على كفالة البدن وفيها قولان فإن قلنا: إنها تجوز فهذا أولى لأن هذه الأعيان مضمونة والبدن غير مضمون.

فرع آخر

إذا قلنا: إنه يجوز فهذا أولى يؤخذ الضامن بتسليم العين إن كانت باقية، فإن تعذر صار كالمعسر بالحق. وإن تلف العين خرّج ابن سريج فيه وجهين **أحدهما**: بطل كما لو تكفل ببدن من عليه رجل ثم مات المكفول ببدنه، **والثاني**: ينتقل الضمان إلى القيمة لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها ولا يمنع جهالة قدرها من لزوم ضمانها لأنها تفرعت عن أصل معلوم وهذا غلط لأن العين إن كانت باقية فالواجب ردها وذلك مما قد يعجز عنه الضامن ويقدر، وإن تلفت تلزم قيمتها ولم يضمنها الضامن وفيها جهالة. وقيل: فيه وجهان بناء على أصله في كفالة البدن متى مات المكفول ببدنه هل يلزم الكفيل ما في ذمته من الدين؟ وجهان قال أبو حامد: هذا لا يصح لأن مذهب الشافعي أن المكفول به إذا مات لا يلزم الكفيل شيء فكيف يصح هذا التخريج؟.

فرع آخر

إذا دفع الثوب إلى القصار أو إلى الخياط فإن قلنا: إنه أمانة لم يصح الضمان عنه وإن قلنا: إنه مضمون عليه ففي الضمان وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

ذكر المزني في كلامه ضمان العهدة، وضمان العهدة أن يشتري رجل من رجل عيناً من الأعيان فيضمن ضامن عن البائع عهدة المبيع وهي أنه متى خرج مستحقاً ضمن له الثمن، فإن كان البائع لم يقبض الثمن لم يصح الضمان لأن في هذه الحالة لو خرج المبيع مستحقاً لم يجب على البائع رد شيء وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه [٢٤/أ] يجوز للحاجة وليس بشيء. وإن كان البائع قبض الثمن صح الضمان عن البائع نص عليه الشافعي في آخر كتاب «الإقرار» وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد، وفيه قول آخر خرجه ابن سريج أنه لا يجوز وهو اختيار ابن أبي أحمد وهو القياس، واحتج بأنه ضمان مال لم يجب بعد. ولأنه ضمان عين وهو الثمن وذلك لا يجوز. ولأنه مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق جميعها أو بعضها، وهذا لا يصح لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع ولا يمكن الوثيقة عليه إلا بالضمان لأن الوثائق ثلاث: الشهادة، والرهن، والضمان فأما الشهادة فلا يستوفى فيها الحق، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق إلا جواز الضمان وأما قوله: إنه ضمان ما لم يجب فقد بيّنا أنه يجوز ها هنا للحاجة وإن لم يجب. وأيضاً هذا ضمان ما وجب لأنه إن لم يكن المبيع مستحقاً فلا ضمان عليه، وإن كان مستحقاً فقد وجب ضمان الثَمَن على البائع بقبضه إيّاه وإذا ضمن ذلك فقد ضمن حقاً واجباً في الباطن، وإن كنا لا نعلم وجوبه ظاهراً فلهذا جوزنا ولهذا لا يجوز هذا الضمان إلا بعد قبض البائع الثمن. وأما قوله: إنه ضمان عين فقد ذكرنا فيه الخلاف. ولأنه جوز للحاجة على ما ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: إن كان هذا الضمان بعد أن تصرف البائع في الثمن ولم يبقَ في يده منه شيء يجوز لأنه ضمان ما في ذمة البائع، وإن كان الثمن قائماً في يده فهو ضمان عين فيكون على وجهين. وأما الجهالة فلا تصح لأنه ضمن الجملة، فإن خرج بعضه مستحقاً فقد وجب عليه بعض ما ضمنه.

فرع آخر

إذا جوزنا ضمان العهدة فألفاظ ضمان العهدة أن يقول: ضمنت لك عهدة هذا المبيع والعهدة في المبيع الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن ولكن الفقهاء يستعملونها عبارة عن الثمن لأنه مكتوب في العهدة فيصح، وحكي عن أبي يوسف أنه قال: العهدة كتاب الابتياع فإذا ضمن العهدة كان ضامناً للكتاب وهو عين لا يصح ضمانها، وهذا لا يصح لأنه إذا ثبت للعرف اسم للاسم عرف ينصرف الإطلاق إليه وهذا في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن ويعبر [٢٤/ب] بهذا عما تجاوزه من الثمن ويقرب منه. ولو قال: ضمنت لك الدرك فيه كان عبارة عن العهدة أيضاً. ولو قال: ضمنت لك الثمن إن بانت

مستحقة فهو صريح في الباب وكذلك لو قال: ضمنت لك ثمنه. ولو قال: ضمنت لك خلاصك منه قال أصحابنا: هذا عبارة عن العهدة أيضاً.

فرع آخر

لو قال: ضمنت لك خلاص المبيع كان باطلاً لأن المستحق ربما لا يسلمه بعد أن استحقه. وحكي عن شريح أنه قال: لا يضمن الخلاص إلا أحمق ومعناه أن يضمن أنها لو استحقت يشتريها الضامن من مالكها ويسلمها إليه. فإن قيل: كيف تقولون هذا وقد نص الشافعي في «الأم» في الإقرار على جوازه فقال: ولو ضمن له ضامن عهدتها أو خلاصها كان للمشتري أن يرجع على الضامن بالثمن؟ قلنا: تأويله أنه أراد خلاصك منها، وهذا لأن خلاصه إذا كان متعلقاً بها جازت إضافته إليها كما يضاف المصدر إلى الفاعل والمفعول به وقيل: أراد وخلاصها وقد صارت أو بمعنى الواو كقوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَٰهُ إِلَىٰ مِاْئَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ﴾ يعني ويزيدون وقوله: **﴿ولا تطع منها آثماً أو كفوراً﴾** يعني: وكفوراً فمعناه ضمن عهدتها وخلاصها معاً فيلزمه الضمان بقوله: ضمنت لك العهدة لا بقوله: وخلاصها وهذا أبين في كلامه لأنه قال: يرجع على الضامن بالثمن إذا استحق ولم يقل: بأن عليه خلاص الدار.

فرع آخر

إذا ضمن خلاص المبيع وقلنا: لا يجوز فإن كان هذا في البيع فسد البيع لأنه شرط فاسد. وكذلك إذا شرطه في مدة الخيار فسد البيع. وإن شرطه بعد لزوم البيع لم يصح الضمان ولم يؤثر في البيع. وإن ضمن عهدته وخلاص المبيع بعد لزوم البيع فسد في الخلاص ولم يؤثر في العقد. وهل فسد في ضمان العهدة؟ قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة.

فرع آخر

اعلم أنه يكتب في بعض الوثائق: ضمنت لك قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس إذا ظهر الاستحقاق وذلك لا يجوز عندنا لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب. وإن قدره فقال: من درهم إلى ألف لا يجوز لمعنى واحد وهو أنه ضمان ما لم يجب. وعند أبي حنيفة يجوز ذلك بناءً على أصله في جواز ضمان المجهول [٢٥/أ] وجواز ضمان ما لم يجب. فإن ذكر هذا في كتاب الوثيقة وأفرده عن ضمان العهدة بطل ذلك وصح ضمان العهدة. وإن قوله بضمان العهدة هل يتعدى بطلانه إلى بطلان العهدة؟ قولان بناء على تفريق

الصفقة، وإن ضمن البائع ذلك لم يصح ضمان ما يحدث والعهدة واجبة عليه بغير ضمان. وإن شرطه في أصل البيع بطل البيع.

فرع آخر

إذا جوزنا ضمان العهدة فإن سلمت له الدار فقد بان أنه ما كان ضامناً بشيء، وإن لم يسلم له الدار لا يخلو، إما أن يبطل ذلك بأمر حادث أو بمعنى قارن العقد، فإن كان بأمرٍ حادثٍ مثل الاحتراق في يده أو في يد البائع قبل القبض أو تقايلا فعادت إلى البائع بالإقالة أو غصبها غاصب منه فلا شيء على الضامن لأنه إنما ضمن عنه الاستحقاق الموجود عند العقد ولم يوجد ذلك. وإن كان ذلك بأمر قارن العقد، فإن كان بغير تفريط من البائع لم يرجع به عليه وعلى الضامن وهو الأخذ بالشفعة بل يرجع بالثمن على الشفيع. وإن كان بتفريط من البائع، فإن كان التفريط تدليساً بعيب فأصاب المشترى به عيباً فرده بالعيب يرجع بالثمن على البائع ولا يرجع به على الضامن لأنه ليس بدَرَك نص عليه الشافعي وكذلك لو فسخ البيع في مدة الخيار، لا يرجع بالثمن على الضامن. ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: له الرجوع به على الضامن لأنه استحق الثمن بسبب، فإن العقد حصل بتفريط البائع فكان له الرجوع به على الضامن كما لو استحق وهذا لا يصح لأن الضامن إنما ضمن ما وجب وهذا لم يكن واجباً. ولأن ملكه زال عنه بسبب حادث فأشبه إذا تلف في يد البائع. ولو كان فيه عيب وحدث عند المشتري عيب آخر لا يكون له رده وله الرجوع بأرش العيب ويرجع به على البائع. وهل يرجع به على الضامن؟ على ما ذكرنا من الخلاف.

وقال ابن سريج: فإن صرح وقال: ضمنت لك كل دَرَك يلحقك من عيب وغيره يرجع به عند وجود العيب على الضامن وكذلك في أرش العيب. وقال القاضي الطبري: لا يصح ضمان الأرش بحال وجهاً واحداً لأنه مجهول ولم يجب بعد لأن الأرش لا يجب بالعقد وإنما يجب بتعذر الرد بحدوث عيب آخر في يده فلا وجه [٢٥/ب] لما ذكره بعض أصحابنا. وإن كان التفريط بالاستحقاق فإن المستحق يأخذ ما استحقه ويتصرف فيه. ثم لا يخلو الاستحقاق من أحد أمرين إما أن يكون في الكل أو في البعض، فإن كان في الكل رجع على من شاء منهما بالدرك. وإن استحق البعض أو كان المبيع عبدين فاستحق أحدهما بطل البيع في المستحق. وهل يبطل فيما عداه؟ قولان فإذا قلنا: يبطل في الكل رجع بحصة المستحق على من شاء منهما، وبغير المستحق وجهان **أحدهما**: يرجع به أيضاً على من شاء منهما لأنه لحقه بسبب الاستحقاق.

والثاني: يرجع به على البائع وحده دون الضامن وهذا أصح لأن الدرك لحقه في نصف الثمن، وفساد البيع في النصف الآخر ليس من جهة الدرك لأن الدرك هو الاستحقاق وذاك لم يستحق. وإذا قلنا: يبطل في المستحق وحده فالمشتري بالخيار بين الإمساك والرد. فإن أمسك بكم يمسك؟ قولان **أحدهما**: بكل الثمن أو يرد. **والثاني**: بالحصة أو يرد. فإن قلنا: بالكل فلا رجوع على أحد. وإن قلنا: بالحصة رجع بحصة المستحق على من شاء منهم إن أمسك الباقي. وإن رد الباقي رجع بحصة المستحق على من شاء منهما وبحصة غير المستحق على من يرجع؟ وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو بان أن البيع كان فاسداً لا باستحقاق بل بسبب أوجب فساده فيه وجهان أحدهما يطالب به ضامن العهدة كما لو كان بالاستحقاق. **والثاني**: لا يطالبه لأنه لا يمكنه إمساك المستحق حتى يرد عليه الثمن ويمكنه إمساك المبيع بيعاً فاسداً ليرد عليه الثمن فلا حاجة به إلى الرجوع على ضامن العهدة ذكره القفال رحمه الله.

فرع آخر

لو قبض رجل ألف درهم من دين له على رجل فضمن له ضامن نقصها في الوزن أو الصفة صح، وجرى ذلك مجرى ضامن الدرك وخرج عن باب ضمان المجهول وضامن ما لم يجب. ثم إذا ادعى القابض أنها نقصت مائة درهم فإن صدقه الدافع والضامن كان بالخيار في الرجوع إلى من شاء من الدافع أو الضامن، وإن كذباه كان قوله مقبولاً على الدافع مع يمينه لأن الأصل بقاء دينه فإذا حلف استحق [٢٦/أ] الرجوع عليه بالنقص، وهل يقبل قوله على الضامن حتى يرجع عليه بالقبض؟ وجهان **أحدهما**: يقبل على الضامن كما يقبل على من كان عليه أصل الحق. **والثاني**: وهو الأصح لا يقبل عليه لأنه لم يكن دينه ثابتاً قبل هذا عليه والأصل براءة ذمته، ولو كذبه الدافع وصدقه الضامن له أن يرجع على كل واحدٍ منهما لأن كل قوله على الدافع مقبول، فلو رجع على البائع الضامن لا يرجع على الدافع لإنكاره.

فرع آخر

لو ضمن له نقص الصفة وهو أن يبدل ما كان رديئاً[١] فإن صدقه الدافع والضامن أنه

---

(١) العبارة غير واضحة في المخطوط ولعلها كما أثبتناها فليحرر.

كان فيها كان بالخيار في الإبدال. فإن أراد أخذ البدل من الدافع فله أن يمتنع من دفع البدل إلا بعد استرجاع الرد المبدل. وإن أراد الأخذ من الضامن لم يكن له أن يمتنع ليسترجع المبدل لأنه لا يملكه وقيل للضامن: لك أن تفسخ القضاء في القدر المردود وتدفع إليه بوزنه جيداً ويكون الرد مع القابض ليرد على الدافع.

فرع آخر

لو كذبه الدافع والضامن فإن كان عيباً لا يخرجها من جنس الدراهم لم يقبل قول القابض على واحد منهم، وإن كان يخرجها من جنس الدراهم كالزائف والصفر المطلي فقول القابض مقبول على الدافع وهل يقبل على الضامن؟ على ما ذكرنا من الوجهين والفرق أن المعيب إذا كان من جنس الفضة جاز أن يكون قضاء من الفضة فلم يقبل قوله في ادعاء الرد لأنه يصير مبتدئاً لإثبات حق والرصاص لا يجوز أن يكون قضاء من الفضة فكان حقه باقياً لا يسقط بقبضه فلم يصر بالقضاء بادعاء الرد مبتدئاً لإثبات حق فهذا فرق ما بينهما، ولو صدقه الضامن وكذبه الدافع كان له أن يرجع بالبدل على الضامن وللضامن ها هنا أن يمتنع من دفع البدل إلا باسترجاع الرد بخلاف ما ذكرنا إذا صدقاه لأن الضامن مع تكذيب الدافع لا يقدر أن يرجع عليه بالبدل فكان له استرجاع الرد ليتوصل به إلى بعض حقه.

فرع آخر

لو ضمن له نقص الدراهم ولم يذكر نقص الوزن أو نقص الصفة كان ضامناً لنقص الوزن بلا خلاف. وهل يضمن نقص الصفة؟ وجهان حكاهما ابن سريج **أحدهما**: يضمن لانطلاق النقص على الأمرين، **والثاني**: لا يضمن [٢٦/ب] لأن عرف الناس في مثله على نقص الوزن دون الصفة.

فرع آخر

لو استقرض من رجل قرضاً بشرط أن يرهن عنده رهناً فقال أجنبي للمرتهن: ضمنت لك تسليم هذا الرهن إليك كان باطلاً لأن للراهن الامتناع عن تسليم الرهن. فإن قال قائل: ما معنى قول المزني: وكذلك كل ضامن في دين وكفالة بدين وهما مسألة واحدة؟ وقيل: يحتمل أنه أراد كفالة الوجه وأجاب على قول التصحيح ومراده أن ضمان الدين لازم وكفالة البدن في الدين كفالة لازمة. ويحتمل أن يريد بذلك ضمان الضمان ومراده أن من ضمن ديناً على المديون فالضمان له لازم ومن ضمن عن الضامن ديناً فالضمان لازم على الثاني كما كان ضمان الأول صحيحاً لازماً وتقديره أو ضمان في كفالة بدين، فإن قال قائل ها هنا:

وإن أداه بغير أمره كان متطوعاً لا يرجع به عليه وقيل: هذا بسطرين فإن ضمن بأمره وغرم رجع به عليه ولم يعتبر الإذن عند الأداء وهذا مناقضة، والمسألة خلاف بين أصحابنا ولكن لا يستحسن أن يجيب في سطر على مذهب وفي السطر الثاني على مذهب آخر قلنا: يحتمل أن يكون ما ذكره أولاً حكاية عن الشافعي، وما ذكره ثانياً من عنده يدل عليه نظم تصنيفه لأنه قال بعد النص الأول قال المزني: وكذلك كل ضامن في دين الفصل أو يكون تجوزاً في العبارة عن مذهب واحد.

مسألة: قال: فَإِنْ أُخِذَ الضَّامِنُ بِالْحَقِّ وَكَانَ ضَمَانُهُ بِأَمْرِ الذِيْ هُوَ عَلَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ بِخَلاَصِهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا ضمن رجل عن رجل مالاً فإن كان بغير أمره لم يكن له مطالبة المضمون عنه بخلاصه منه لأنه لا معاملة بينهما، وإن كان بأمره وقال ابن أبي هريرة: إن كان مؤجلاً لم يحل عليه لم يكن له مطالبته بخلاصه. وإن كان حالاً فإن له مطالبته بخلاصه سواء طالبه المضمون له بالمال أو لم يطالبه، كما لو أعطاه عبداً ليرهنه فحل الحق كان له مطالبته بنكاله سواء طالبه المرتهن بالمال أو لم يطالبه. ولأن عليه ضرراً في بقائه لأنه قد يتلف مال المضمون عنه فلا يمكنه الرجوع عليه. ومن أصحابنا من قال: ليس له أن يطالبه بخلاصه حتى يطالبه المضمون له بالمال وهذا ظاهر ما نقله المزني [٢٧/أ] لأنه قال: فإن أخذ الضامن بالحق وكان ضمانه بأمر الذي هو عليه فله أخذه بخلاصه فشرط أن يؤخذ الضامن بالحق فدل على أنه إذا لم يؤخذ به فلا مطالبة له بخلاصه. وهذا يفارق الرهن لأن على صاحب العبد ضرراً في كونه مرهوناً في الحال ولا ضرر على الضامن في وجوب الدين في ذمته قبل المطالبة به. وأما المال فلا يجوز له أن يرجع به إلا بعد أن يغرمه للمضمون عنه.

فرع

إذا قلنا: ليس له أن يطالبه بخلاصه إذا لم يطالبه صاحب الحق قال ابن سريج: للضامن أن يقول للمضمون له: إما أن تبرئني من الحق، وإما أن تطالبني به لأطالب المضمون عنه بنكال ذمتي.

فرع آخر

لو ضمن ألفاً بأمره ثم دفع المضمون له إلى الضامن ألفاً، قال ابن سريج: يُنظر فيه

فإن جعله رسولاً ووكيلاً في قضاء الدين به عنه جاز وإن قال: خذه بدلاً عما سيجب لك علي بالقضاء عني فيه وجهان: **أحدهما**: يصح ويملكه الضامن ملكاً مراعًى وله التصرف فيه، وهو كتعجيل الزكاة والكفارة قبل وجوبها. **والثاني**: لا يصح لأنه أعطى بدلاً عما يجب له في الثاني فلا يصح. فعلى هذا يكون ضامناً لما قبضه لأنه قبضه قبضاً فاسداً. وعلى الوجه الأول إن قضى عنه الألف تبينا أنه ملك الألف، وإن لم يقبض منه ولكن برئت ذمة المضمون عنه من وجه آخر فعليه رد الألف.

فرع آخر

إذا ضمن عن رجل بأمره فطولب بالمال الذي ضمنه فقضاه على الوجه الذي ضمن رجع عليه بما قضى بلا إشكال. وإن قضى أفضل منه من جنسه كأنه قضى الصحاح مكان المكسرة لم يرجع عليه إلا بالمكسرة التي ضمنها لأنه تبرع بالزيادة، وإن قضى عن الصحاح مكسرة أو عن البيضاء سوداء رجع بالمكسرة والسوداء لأنه لا يرجع عليه إلا بما غرم، ولهذا لو أبرأه من جميع الحق لم يرجع بشيء فكذلك إذا أسقط صفة من صفاته. ولو قضاه بغير جنس الحق الذي ضمن كأنه دفع إليه بالألف ثوباً أو غيره جاز وسقط الدين وله [٢٧/ب] الرجوع على المضمون له عنه بأقل الأمرين من الألف وقيمة الثوب لأن قيمة الثوب إن كانت أكثر فلا يلزمه إلا ما ضمنه عنه، وإن كانت أقل فلا يلزمه إلا ما غرم عنه، هذا مذهب الشافعي. وقال ابن سريج: يرجع بما ضمن في هذه المسألة والتي قبلها وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو ضمن بأمره فطولب الضامن بأداء ما ضمنه وحبس به فأراد الضامن أن يحبس المضمون عنه قبل أداء المال فيه وجهان **أحدهما**: له ذلك لأن له مثل ما عليه، **والثاني**: ليس له ذلك لأنه لم يستحق قبل الغرم عليه مالاً حتى يحبسه به والحبس عقوبة.

فرع آخر

لو سقط عنه الحق بإبراء قد ذكرنا أنه لا يرجع على المضمون عنه لأنه لم يغرم شيئاً، ولو قال: وهبت الحق منك أو تصدقت عليك يكون كالإبراء عندنا. وقال أبو حنيفة: يكون كالاستيفاء حتى يرجع الضامن على المضمون عنه.

فرع آخر

لو أدى الضامن المال ثم وهبه من الضامن بعد القبض ففي رجوعه على المضمون عنه قولان مخرجان من الزوجة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقها زوجها قبل الدخول هل يرجع بنصف الصداق؟ قولان.

فرع آخر

لو أبرأ الضامن المضمون عنه من مال الضامن قبل أدائه عنه هل يصح الإبراء؟ وجهان مخرجان من الوجهين في جواز تعجيل القضاء قبل أن يغرم، فإن قلنا: يجوز التعجيل صح الإبراء وإن قلنا: لا يجوز ذلك لا يجوز الإبراء.

فرع آخر

لو كان المضمون عنه صغيراً والضامن ضمن بأمر أبيه ثم طولب الضامن بالغرم فإن كان المضمون عنه على صغره لم يجز له أن يأخذ الأب بخلاصه. وإن بلغ له أن يأخذ الابن دون الأب. ولو كان غير الأب أمره بالضمان ليس للضامن أن يطالب الآمر بخلاصه بحالٍ لأنه أمره من لا ولاية له.

فرع آخر

لو ضمن ذمي لذمي عن مسلم ثم صالحه على خمر هل يصح الصلح؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يصح لأنه بين كافرين، **والثاني**: لا يصح لأنه متصل [٢٨/أ] بحق مسلم. فإذا قلنا: يصح فبماذا يرجع؟ فإن قلنا: إذا صالح المسلم على ثوب يرجع بقيمة الثوب فها هنا لا يرجع بشيء، وإن قلنا هناك: يرجع بجميع الحق فكذلك ها هنا يرجع بأصل الحق.

فرع آخر

لو لم يكن الضمان بإذن المسلم فالصلح جائز على معنى أنا نُعرض عنه فلا نبطله، ويحتمل وجهاً آخر أنه باطل لما ذكرنا أنه يبرأ به ذمة المسلم لما ذكرنا.

فرع آخر

لو صالح صاحب الحق مع الضامن صلح حطيطةٍ يرجع بما صالح عليه بلا خلاف.

مسألة: قال: وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَمْرِهِ ثُمَّ ضَمِنَ عَنْ الضَّامِنِ ضَامِنٌ بِأَمْرِهِ فجائز[١].

---

(١) انظر «الحاوي» (٦/ ٤٤٣).

الفصل

وهذا كما قال: قد بينا أنه يصح ضمان الدين الذي على الضامن لأنه لازم مستقر، ثم لصاحب الحق أن يطالب من شاء منهم، فإن طالب فقبض الحق من بعضهم برئ الجميع. وإن أحالهم له بعضهم على آخر فكذلك برئ الجميع لأن الحوالة كالقبض، وإن أبرأ واحداً منهم فإن أبرأ الأصيل برئ هو وبرئ الضامنان، وإن أبرأ الضامن الأول برئ هو والضامن الثاني، ولا يبرأ المضمون عنه لأن الضامن الثاني فرع للضامن الأول، والضامن الأول فرع لمن عليه الدين، فإذا برئ الفرع لم يبرأ الأصل. ولو ضمن الأصل عن الضامن أو ضمن الضامن الأول عن الثاني لا يجوز لأن الحق واجب في ذمته ولا يفيد هذا الضمان شيئاً. ولو ضمن رابع وخامس عن الضامن يجوز أيضاً وإن كثروا ولصاحب الحق مطالبة الكل على ما ذكرنا فإن قلنا: أليس لا يجوز أن يأخذ بالرهن رهناً وهو وثيقة كالضمان فما الفرق؟ قيل: الفرق أن الضمان بحق ثابت في الذمة، والرهن بحق متعلق بالعين لا بالدين فافترقا. ولو قبض الحق من الضامن الثاني فإن كان ضمن عن الأول بإذنه رجع عليه. وهل يرجع الأول على الأصل؟ إن كان ضمن عنه بإذنه رجع عليه وإلا فلا. وإن كان الثاني ضمن عن الأول بغير إذنه لم يكن له الرجوع على الضامن الأول، فإن لم يرجع عليه لم يكن للضامن الأول الرجوع على الأصل لأنه لم يغرم.

فرع

لو ضمن عن الأصل ضامن من غير أمره ثم قال الأصيل لرجل: اضمن عن هذا الضامن ما ضمنه عني [٢٨/ب] فضمن بإذنه دون إذن الضامن وأدى المال رجع إلى الأصيل. وإن كان بإذنهما جميعاً رجع على أيهما شاء، وبمثله لو قال لرجل: اقضِ دين فلان أو اضمن عن فلان ففعل لم يرجع على الآمر لأنه لا غرض له في قضاء غير دين الغير فذلك الأمر لا يفيد شيئاً، وها هنا له غرض في قضاء الدين الذي هو عليه، وإن كان هناك ضامنٌ فسواء بين أن يقول: اضمن عن ضامنين ذكره القفال. وقيل: فيه وجهان مبنيان على ما لو قال: اقضِ ديني فإن قلنا هناك لا يرجع فها هنا لا يرجع وإن قلنا: يرجع فها هنا يرجع.

فرع آخر

لو ضمن في الابتداء بشرط أن يعطي المضمون عنه ضامناً بما ضمن هل يصح؟ فيه وجهان ذكره أصحابنا بخراسان والأصح أنه لا يجوز هذا الضمان إذ لا خيار في الضمان، ولو ضمن بالخيار كان باطلاً وهذا لأن من جوز هذا الضمان بهذا الشرط قال على

المضمون عنه أن يعطي للضامن ذلك الضمان المشروط، فإن لم يضمن فلان فلهذا الضامن الخيار في أن يرضى بلا ضامن أو يفسخ الضمان ويبرئ نفسه. قال هذا القائل: وأصل الوجهين ما قاله ابن سريج وهو أن بنفس الضمان هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم أم لا؟ فيه وجهان ولهذا الخلاف خمس فوائد أحدها هذه المسألة، والثانية ما ذكرنا، والثالث أنه لو حبس الضامن بالحق هل له أن يقول: احبسوا المضمون عنه معي على ما سبق بيانه. والثالثة ما ذكرنا أنه لو أبرأ الضامن المضمون عنه عما سيغرم هل يصح أم لا؟ والرابعة لو صالح عما سيغرم على بعضه هل يصح أم لا؟ والخامسة لو أعطى المضمون عنه الضامن ضامناً بما يضمن هل يجوز أم لا؟.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلَيْنِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيْلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ.

الفصل

وهذا كما قال: لو كان له على رجلين ألف درهم على كل واحدٍ منهما خمس مائة وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بأمره فله مطالبة من شاء منهما بألف، خمس مائة أصلٌ وخمس مائة ضمان. ثم لا يخلو إما أن يقبض أو يبرئ، فإن قبض الفاً من أحدهما [٢٩/أ] برئ عن خمس مائة أصلاً وبرئ شريكه عن ضمانها وبرئ عن خمس مائة ضماناً وبرئ شريكه عن أصلها. وإن قبض من أحدهما خمس مائة نُظِر فإن عيّنها باللفظ أو بالنية كان عما عينها، وإن عيّن الأصل برئ من الأصل وبرئ شريكه من ضمانها، وإن عيَّن الضمان برئ منه وبرئ شريكه من أصلها. وإن قبض خمس مائة مبهمةً غير معينة بقولٍ ولا بنيةٍ فيه وجهان أحدهما له أن يعينها في أي الدينين شاء وهو المذهب كما لو أعتق عبده عن كفارته وكان عليه كفارتان له تعيين العتق عن أيهما شاء. **والثاني**: يكون من الدينين معاً مائتان وخمسون عن الأصل ومائتان وخمسون عن الضمان لأن الإطلاق يقتضي التسوية بينهما. وإن أبرأ أحدهما من الألف برئ من الأصل وبرئت ذمة شريكه من ضمانها وبرئ عن خمس مائةٍ ضماناً ولم تبرأ ذمة شريكه عن أصلها. وإن أبرأ أحدهما عن خمس مائة فإن عين بالقول أو بالنية كان على ما عين. فإن أبرأه عن الأصل برئ منه وبرئت ذمة شريكه عن ضمانها، وإن أبرأه عن الضمان برئ منه ولم يبرأ ذمة شريكه عن أصلها. وإن أبرأه عن خمس مائة مبهمةٍ فيه وجهان على ما ذكرنا. فإن جعلها عن الضمان له أن يطالب الذي لم يبرئه بألفٍ خمس مائة أصلٌ وخمس مائة ضمان. وإن أراد أن يطالب المبرئ عنه يطالبه بخمس مائة التي هي الأصل.

فرع

لو كانت هذه الكفالة في بيع بطل بها البيع وهي أن يقول: بعتكما هذا العبد بألف على أن كل واحدٍ منكما ضامن على صاحبه لأنه لم يبع النصف من هذا بخمس مائة إلا بأن يضمن له الدين الذي له على غيره.

فرع آخر

لو كان له عليهما ألف على كل واحدٍ منهما خمس مائةٍ وكل واحدٍ منهما كفيل ضامنٌ عن صاحبه ثم ضمن ثالث عن أحدهما الألف الذي في ذمته صح وكان له مطالبة أي الثلاثة منهم شاء. فإن طالب الثالث فقبض الحق منه برئت ذمة الشريكين ولم يكن للثالث أن يرجع على من لم يضمن عنه منهما وهل له [٢٩/ب] أن يرجع على من ضمن عنه منهما؟ نُظر فإن كان ضمن عنه بغير أمره لم يرجع، وإذا لم يرجع لا يرجع هو على شريكه. وإن كان قد ضمن بأمره رجع به عليه، وهل يرجع هو على شريكه أم لا؟ أمّا مال الأصل فلا يرجع على شريكه، وأمّا مال الضمان فإن كان قد ضمن عن شريكه بأمره رجع عليه وإلا لم يرجع.

فرع آخر

قال القفال: قال ابن سريج: لو قضى في المسألة السابقة أحدهما خمس مائة ثم اختلفا فقال صاحب الحق: قضيت عن صاحبك، وقال الدافع: لا بل عن نفسي وحلف فلصاحب الحق أن يطالب الذي لم يقبض شيئاً بخمس مائة لأنه يقول: إن صدقت صاحبك فعليك خمس مائة، وإن صدقتني وكذبت صاحبك فنصيبه عليه باقٍ وأنت ضامن لذلك. أو يقول: لي على صاحبك خمس مائة وأنت أقررت بأنه أدى عنك خمس مائة فله عليك خمس مائة فأنت غريم غريمي فأطالبك به كما لو كان له على رجل ألف وتعذر عليه استيفاؤه فأقر رجل لذلك الرجل الذي عليه المال بألفٍ وأنكر المقر له فلصاحب الحق أن يقول له: عليك ألف ولي عليه ألف فأدِّ حقي كما لو ظفرت بحق بشيء من ماله فلي أخذه بحقي عند التعذر، وبعدما حلف الدافع إني دفعت عن نفسي فلصاحب الحق أن يطالبه بالنصف الآخر الذي هو ضامنٌ فيه لأنه يقول: إنما قلت إنك دفعت المضمون ظناً مني أو دلني ظاهر الحال على ذلك فلما حلفت أنك ما دفعت إلا نصيبك فالمضمون عليك باقٍ.

فرع آخر

لو ضمن ثلاثة أنفسٍ عن رجل ألف درهم كان على كل واحدٍ ثلثه إلا أن يقول كل واحد منم أنا ضامن لجميعه.

فرع آخر

لو كان المضمون له مريضاً فأبرأ الضامن ومات من مرضه فإن خرج من الثلث برئ، وإن لم يخرج من الثلث برئ من مقدار الثلث وكان الضمان باقياً فيما زاد عليه.

مسألة: قال: وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ وَمِنْ رَجُلٍ غَائِبٍ عَبْدَاً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَبَضَاهُ مِنْهُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قدَّم رجل رجلاً إلى الحاكم وادعى عليه أنه باع منه ومن رجل آخر غائب عبداً بألف درهم، وإن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بأمره وأنه مطالبٌ له بالألف فلا [٣٠/أ] يخلو المدعى عليه إما أن يقرّ به أو ينكره، فإن أقر له لزمه. فإذا قدم الغائب فإن صدقه على إقراره رجع بنصف الألف عليه، وإن لم يصدقه لا يقبل إقرار المدعى عليه على الغائب ولم يكن له الرجوع عليه. وإن أنكر المدعى عليه لا يخلو إما أن يكون له بينة أو لا بينة له، فإن لم تكن له بينة فالقول قوله مع يمينه فإذا حلف برئ. ثم إذا قدم الغائب لا يخلو إما أن ينكر أو يقر فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه. وإن أقر يلزمه خمس مائة درهم وهي التي لزمته بالشراء، فأمّا ما لزمه بالضمان عن صاحبه فقد سقط عنه لأن صاحبه قد برئ عنه بيمينه، وإذا برئ المضمون عنه برئ الضامن ومن أصحابنا من قال: ما لزمه بالضمان لم يسقط عنه ويؤخذ بإقراره لأن اليمين لم يبرئه من الحق بل أسقط عنه المطالبة في الظاهر ولهذا تسمع البينة عليه، وإذا أقامها لزم الضامن. وإن كانت له بينة فأقامها فإنه يقضى بها على الحاضر بألف درهم نصفه بالشراء ونصفه بالضمان فإذا قدم الغائب فإن كان الحاضر لما قدم إلى الحاكم وأنكر قال: ما اشتريت وما ضمنت فإنه قد كذّب بينة المدعي وأقر بأن ما غرمه ظلم بحقه من جهة المدعي فلا يرجع به على الغائب. وإن أنكر الشراء وسكت عن الضمان كان له الرجوع عليه بخمس مائة لأنه لم يكذب البينة، قال ابن أبي هريرة: وهكذا إذا قال: لا أقر ولا أنكر فسمع الحاكم عليه البينة وقضى بها عليه رجع هو على الغائب وهذا جواب عن سؤال يقال: الخصم الحاضر أنكر ما ادعى من الشراء والضمان فكيف يرجع على الغائب بنصف الألف وهو يزعم أن المدعى عليه مبطل في دعواه، لأنه على ما ذكرنا لم يقل: إن المدعي مبطل في دعواه حتى لو قال ذلك لا يرجع. وقيل: لعله وكل بالخصومة وكيلاً فلم يبطل حق رجوعه بإنكار وكيله فلهذا قال: ورجع على الغائب. وقيل: وهو الصحيح جحوده لمدافعة خصومة الخصم لا يمنعه من الرجوع إذا توجه الحكم عليه لأنه لو اشترى من رجل عبداً وقبضه فجاء مستحق وادعى أنه

مغصوب [٣٠/ب] فأنكر المشتري وقال: بل كان ملكاً للبائع حين باعه مني وهو اليوم ملكي، ثم أقام المستحق بينة على الغاصب واسترجع العبد منه كان له أن يرجع على البائع بثمن العبد ولا يمنعه نسبة ملك العبد إلى البائع في مدافعة الخصومة على الرجوع لأنه يقول: كانت تلك المقالة مني صادرة على الظاهر لدفع الخصومة، فإذا توجه القضاء عليّ ثبت لي حق الرجوع عليك كذلك ها هنا، وقيل: تأويله أن الحاضر صدق المدعي في ذلك غير أن المدعي قال: وأنا أقيم البينة بما ادعى عليك ليثبت الحق على الغائب فسمع الحاكم ذلك وقضى بها ها هنا له الرجوع لأنه ليس فيه تكذيب البينة. وقيل: تأويله أنه لم يجب بقوله ما اشتريت وما ضمنت ولكن قال: لا يلزمني دفع هذا المال من الوجه الذي تذكره فيحتمل أنه قضى ذلك المال مرةً.

وقيل: تأويله أن الحاضر أنكر الضمان عن الغائب على ظاهر ما قال المزني، فلما قبض منه الألف قال: قد ظلمني هذا المدعي وأخذ مني ألفاً لا يستحقه واعلم أن لك قبل الغائب ألفاً أقدر على أخذه بالبينة التي أقمت فقد وجد مالاً لمن عليه مال لا يقدر على أخذه فكان له أخذه بحقه فعلى هذا التأويل هذا الحاضر لا يرجع على الغائب بما ضمن عنه وإنما يرجع بمال الغاصب عنده. وهذا التأويل لا يستقيم لأنه إذا أنكر جملة ما ادعاه المدعي وقال: لا تستحق عليّ ولا على الغائب بسبب هذه الدعوى، فكيف يرجع عليه بسبب هذه البينة؟ وإن لم ينكر ما ادعاه على الغائب وإنما أنكر الضمان عنه فقد سقط عنه بأدائه عنه في الظاهر، وما ذكره من حكم الباطن ففي الظاهر لا يجوز أخذ ماله. قال المزني: وهذا مما يجامعنا عليه من أنكر القضاء على الغائب يعني به أبا حنيفة فإنه وافقنا في هذه المسألة لأن له اتصالاً بالحاضر وهو الضامن ينوب عن الغائب في الخصومة. وقال أبو إسحاق: هذا ليس بإلزام لأنهم يقولون بجواز القضاء على الغائب إذا كان هناك خصم حاضر وقال غيره: هذا وإن كانوا يقولونه فهو حجة عليهم لأنه أثبت البيع و [٣١/أ] الثمن على الحاضر والغائب وإنما قيد المزني هذه المسألة بالقبض لأن المدعي إذا لم يدّعِ أن المشتري قبض السلعة مني لم يستحق طلب الثمن على المشهور من مذهب الشافعي رحمة الله عليه.

فرع

ولو شهدت البينة ولم يعين الغائب باسمه ونسبه فهل الحكم بها على الحاضر بالألف؟ قال صاحب «الإفصاح»: يحتمل وجهين أحدهما لا يحكم عليه لأن بهذه الشهادة لا يثبت المال على الغائب، وإذا لم يثبت على الغائب لم يجز أن يثبت على الحاضر عنه. **والثاني:**

يُحكم عليه بالألف لأن البينة لو شهدت على رجل بأن عليه لفلان ألف درهم من جهة الضمان قبلت هذه الشهادة وقضي عليه بالألف، وإن لم يكن المضمون عنه معيناً.

مسألة: قال: وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ فَدَفَعَهُ بمحضره ثُمَّ أَنْكَرَ الطَّالِبُ أَنْ يَكُونَ قَبَضَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم فطالب المضمون له الضامن به فدفعه إليه ثم جحد القابض ما قبضه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم القبض. وقد قال المزني: حلف وبرئ وليس معنى قوله: برئ أن عليه ديناً برئ منه لأنه طالب الدين، ولكن المراد به براءته عما توجه عليه من دعوى القبض والبراءة مرة تكون عن الدين ومرة عن الدعوى في الخصومة. ثم إذا حلف لا يخلو إمّا أن يكون دفعه إليه بحضرة المضمون عنه أو بغيبته، فإن كان بحضرته كان للمضمون له أن يطالب أيهما شاء بالألف. فإن طالب المضمون عنه بما كان عليه دفعه إليه فيزن ألف درهم له وألف درهم للضامن لأنه يقر بأن الضامن قد استحق الألف عليه وأن الظلم لحقه من جهة المضمون له وهذا هو الذي نقله المزني واختاره أبو إسحاق.

ومن أصحابنا من قال: لا يرجع الضامن عليه لأنه فرط في ترك الإشهاد ولم يقبض الدين قضاء يبرئ ذمة المضمون عنه به فلا يرجع عليه كما لو دفع بغيبة المضمون عنه ولم يشهد وهذا غلط والفرق بينه وبين حالة الغيبة أن الأمر هناك مفوض إلى الضامن فإذا ترك الإشهاد فرط فلا يرجع [٣١/ب] وها هنا الأمر مفوض إلى المضمون عنه فإنه حاضر وكان من سبيله أن يحتاط لنفسه فإذا لم يفعل كان التفريط من جهته فاستحق الضامن الرجوع عليه.

وفرع ابن سريج على هذا فقال: لو ادعى الضامن أنه قضى الدين وصدق المضمون له وكذبه المضمون عنه فيه وجهان **أحدهما**: القول قول المضمون عنه لأن الضامن متهم في قوله والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلا تقبل شهادته على فعل نفسه. **والثاني**: القول قول الضامن ويرجع على المضمون عنه لأن المضمون له قد اعترف بأن الدين الذي في ذمة المضمون عنه صار لغيره وهو الضامن فيقبل لأنه أقر بما هو ملكه لغيره. ولأن الإقرار يقوم مقام البينة ولو ثبت القبض بالبينة رجع كذلك إذا ثبت الإقرار. وإن طالب الضامن وقبض منه ألف درهم فإن الضامن يرجع على المضمون عنه بالألف الأول وهو الذي دفع إلى الطالب بحضرة المضمون عنه ولا يرجع بالألف الثاني لأنه يقر أنه ظلم لحقه من جهة الطالب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر يرجع بالألف الثاني دون الألف الأول لأن البراءة به وقعت للمضمون عنه وهو ضعيف. وإن كان الضامن دفعه إلى الطالب في غيبة المضمون عنه لا يخلو إما أن يشهد عليه أو لم يشهد، فإن لم يشهد عليه لا يخلو إما أن يكون قد أمره بالإشهاد، أو منعه من الإشهاد، أو لم يأمره ولم يمنعه منه فإن كان قد منعه منه نُظر فإن صدق الضامن في قوله كان الحكم فيه كما لو دفعه بحضرته. فإن جحده فإن القول قوله مع يمينه وعلى الضامن البينة، فإذا حلف برئ من دعوى الضامن ويكون المضمون له بالخيار إن شاء طالب الضامن، وإن شاء طالب المضمون عنه، فإن طالب المضمون عنه وزن ألف درهم له ولا يلزمه أن يزن للضامن شيئاً، وإن طالب الضامن وزن له ألف درهم. وهل يرجع على المضمون عنه؟ المذهب أنه يرجع بالألف الثانية لأن بالأول لم تحصل البراءة وإنما حصلت بالثانية وهذا اختيار القاضي أبي حامد رحمه الله، ومن أصحابنا من قال: لا يرجع بشيء لأن بالألف الأولى لم تحصل البراءة، والثاني يقر الضامن أنه ظلم لحقه من جهة [٣٢/أ] المضمون له وأن البراءة حصلت بالألف الأولى التي قبضها.

قال صاحب «الإفصاح»: ولو قال قائل: هذا القول كان مذهباً ومن أصحابنا من قال: يرجع بالألف الأولى لأن ذمته برئت به في الباطن، وإن كان قد أمره بالإشهاد عليه فترك الإشهاد فإنه مفرط بترك الإشهاد مضيع لما دفعه إليه فلا يجوز أن يرجع به على المضمون عنه وإن صدقه المضمون عنه ثم ينظر في المضمون له، فإن طالب المضمون عنه وزن له ألف درهم ولا يلزمه أن يزن للضامن شيئاً. وإن طالب الضامن لزمه أن يزن له ألف درهم ثانياً وهل يرجع على المضمون عنه على ما ذكرنا. وإن لم يأمره بالإشهاد ولم يمنعه منه قال أبو إسحاق: يلزمه الإشهاد، فإن لم يشهد كان مفرطاً ولا يرجع على المضمون عنه وإن صدقه كما لو أمره بالإشهاد لأن أمره بالدفع يقتضي دفعاً مبرئاً وذلك بالإشهاد عليه حتى إذا جحده تكون شهادتهما حجة عليهم.

وقال ابن أبي هريرة: يحتمل أن له الرجوع لأن الدفع وقع بأمره ولم يأمره بالإشهاد حتى يكون مفرطاً فيه فصار كما لو دفعه بحضرته والأول المشهور، وقد فرقنا بين حالة الحضرة وحالة الغيبة. وإن كذبه فإن قلنا: لو صدقه لم يرجع عليه فلا يمين عليه.

وإن قلنا: إذا صدقه رجع عليه فعليه اليمين على نفي العلم. وأما المضمون له إن شاء رجع على المضمون عنه، وإن شاء رجع على الضامن على ما ذكرنا. فإن رجع على المضمون عنه فلا كلام، وإن رجع على الضامن بالألف فإن قلنا: إنه لو لم يرجع عليه رجع بالألف الذي دفعه رجع ها هنا أيضاً به، والثاني ظلم لا يرجع به وإن قلنا: بالوجه المشهور أنه لا يرجع فها هنا هل يرجع؟ على ما ذكرنا من الخلاف وفيه وجه آخر ذكره ابن أبي هريرة

يرجع بأخذ الألفين لا بعينه، قال القاضي الطبري: وهو الصحيح عندي لأن البراءة حصلت بالألفين جميعاً بالألف الأولى في الباطن، وبالألف الثانية في الظاهر وقد كان يمكنه تحصيل البراءة منه بألف واحد ففرط فيه فإذا كان كذلك حصل له على المضمون عنه من الألفين ألف واحد من غير تعيين.

ومن أصحابنا من رتب فقال: هل يرجع عليه؟ وجهان فإذا قلنا: يرجع فيه وجهان [٣٢/ب] **أحدهما**: يرجع بالألف الأولى، **والثاني**: بالألف الثانية، وفيه وجه ثالث: يأخذ الألفين لا بعينه وقيل: يرجع بأقلهما لأن الأقل إن كان أقل فهو لا يدعي إلا هو، وإن كان الثاني أقل استحق الرجوع به في الحكم ولا يرجع بأكثر منه هذا كله إن لم يكن أشهد عليه. فإن كان قد أشهد عليه لا يخلو إما أن يشهد شهوداً يثبت بها الحق أو لا يثبت بها الحق أو مختلف فيها، فإن كان شهوداً يثبت بها الحق مثل رجلين أو رجل وامرأتين عدولٍ فإن الضامن يقيمهما فإذا ثبت القضاء كان له الرجوع على المضمون عنه، فإن مات الشهود أو غابوا أو فسقوا واعترف المضمون عنه أن الضامن كان قد أشهد كان للضامن أن يرجع عليه بما قضى عنه لأنه لم يكن مفرطاً، والحكم فيه كما لو دفعه بحضرة المضمون عنه.

وإن أشهد شهوداً لا يثبت بها الحق فإن كانت ترد بأمر ظاهر مثل الفسق الظاهر والرق والكفر لم يكن له الرجوع على المضمون عنه لأنه مفرط في ذلك. وإن كانت ترد شهادتهم بأمرٍ خفي مثل الفسق الخفي فيه وجهان **أحدهما**: لا يرجع لأنه فرط حين لم يحصل المقصود من الشهود، **والثاني**: يرجع لأن الجرح والتعديل إلى غيره فلا يكون مفرطاً ولأنه أمر مستبطن فكان معذوراً في الخطأ فيه، ومعنى الوجهين أنه يُكتفى بظاهر العدالة كما في شهود النكاح أو تعتبر حقيقة العدالة كما عند الحاكم على وجهين. وإن أشهد بينة مختلفاً فيها مثل العدل الواحد، فإن كان باقياً حلف معه وحكم له. وإن كان قد مات فيه وجهان أحدهما يكون مفرطاً لأن الشاهد الواحد ليس ببينة تامة في الابتداء. ولأن الحاكم ربما كان لا يرى الحكم بالشاهد واليمين، والثاني لا يكون مفرطاً وهو الصحيح لأنه لو كان حياً لم يكن مفرطاً فلا يصير مفرطاً بموته.

مسألة[1]: قال: وَلَوْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَا قُضِيَ لَهُ بِهِ عَلَى آخَرَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: ضمنت لك ما قضي لك على فلان، أو شهدت لك ببينتك

(١) انظر «الحاوي» (٦/ ٤٥١).

عليه، أو ضمنت لك مالك على فلان لم يَجُز لأنه ضمان مجهول. ولو قال: ضمنت لك ما تُداين فلاناً أو تُقرضه أو تُعامله به لم يَجُز [٣٣/أ] لمعنيين أحدهما أنه ضمان ما لم يجب، والثاني أنه ضمان المجهول وبه قال ابن أبي ليلى والثوري والليث وأحمد رحمهم الله، وقال أبو حنيفة ومالك: يصح ضمان المجهول وضمان ما لم يجب لأنه يصح تعليقه بالغرر والخطر ولهذا جاز ضمان الدرك وهو مجهول ولم يجب. وهذا غلط لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز في المجهول كالبيع. وقد بينا حكم ضمان الدرك، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول مخرج من ضمان الدرك أنه يجوز كما قال أبو حنيفة: خرجه ابن سريج رحمهما الله. وقيل: إنه مخرج من قوله القديم: يصح ضمان نفقة الزوجات وهذا غير مشهور.

فرع

لو قال: ضمنت لك ما تداين به فلاناً من درهم إلى مائة لم يجز أيضاً لمعنى واحد وهو أنه ضمان ما لم يجب. وقيل: فيه وجهان تخريجاً من ضمان نفقة الزوجات، وفيه قولان ولا يصح هذا التخريج لأنه في القديم يرى وجوب النفقة بالعقد، وحكي عن أبي إسحاق أن قال: يجوز هذا للحاجة الداعية إليه. وهذه العلة غير صحيحة لأنه لا حاجة لأنه يمكنه الصبر حتى يجب الحق عليه.

فرع آخر

لو قال: أقرض زيداً ألف درهم وعليّ ضمانه فالمذهب أنه لا يجوز وقال في «الحاوي»: فيه وجهان أحدهما هذا، والثاني يجوز لأنه ضمان مقترن بالقرض فصح اجتماعهما وهذا اختيار ابن سريج وهذا لو قال: بع عبدك هذا من زيد بألف وأنا ضامن بخمس مائة هل يلزمه الضمان؟ وجهان ذكرناه في البيع.

فرع آخر

لو كان عليه دين فجهل قدره فقال: ضمنت لك عنه من درهم إلى ألف درهم قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان **أحدهما**: لا يجوز وهو الأقيس لأنه مجهول، **والثاني**: يجوز وهو ظاهر المذهب لأن الجملة معلومة فهو ضامن لكل قدرٍ من الألف. وعندي أن ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وكذا ذكره أصحابنا بالعراق.

فرع آخر

لو قال: هذا الرجل وكيلي وكل ما أعطيته لي فهو عليّ فما أعطاه لزمه ضمانه للتوكيل دون عقد الضمان فإنه إذا أعطاه يصير بمنزلة دفعه إلى الموكل فإن يد الوكيل يد الموكل.

فرع آخر

لا يجوز الضمان المعلق بالصفة مثل [٣٣/ب] أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت لك الألف الذي على فلان وهذا لأنه يقتضي أن يكون وجود الصفة سبباً في وجوب الحق عليه وهذا محال. وحكي عن أبي حنيفة أنه يجوز ذلك.

فرع آخر

لو ذكر أجلاً في الضمان غير معين الوقت ولكنه يعرف الجملة لفصح النصارى فيه قولان حكاهما ابن سريج أحدهما لا يجوز كما في البيع، والثاني يجوز لأنه موضوع للرفق. وهكذا لو قال: إلى الحصاد أو الجذاذ أو الدياس ولو قال: إلى مجيء المطر وقدوم الغزاة لا يجوز قولاً واحداً لأنه لا يعرف أصلاً.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يجوز هذا الشرط هل يبطل به الضمان؟ قولان مبنيان على الضمان بشرط الخيار يبطل الخيار وفي بطلان الضمان قولان.

مسألة: قال: وَلَو ضَمِنَ دَيْنَ مَيِّتٍ بَعْدَمَا يَعْرِفُهُ وَيَعْرِفُ لِمَنْ هُوَ فَالضَّمَانُ لاَزِمٌ.

الفصل

وهذا كما قال: يجوز ضمان دين الميت سواء خلّف وفاءً أو لم يخلّف، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد. وقال الثوري وأبي حنيفة: لا يجوز إلا إذا ترك وفاء أو كان به ضامن وهذا غلط لخبر عليّ وأبي قتادة رضي الله عنهما. وروي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: أتي النبي ﷺ برجل يصلي عليه فقال: عليه دَين؟ قالوا: نعم، فقال: «إن ضمنتم دينه صليت عليه»[1]. ولأن الديَن على الميت صحيح مستقر بدليل أن سمرة ابن جندب قال: صلى رسول الله ﷺ بعض الصلوات فلما انصرف قال: «ها هنا من بني فلان أحد إن صاحبكم فلاناً قد احتبس عن الجنة بدين عليه فإما أن تفدوه من عذاب الله عز وجل

---

(١) أخرجه البيهقي في «**الكبرى**» (١١١٩١) (٦/ ٧٥).

وإما أن تسلموه»[١] وأما قوله: بعدما يعرفه أراد معرفة المضمون عنه وهذا يدل على أحد وجهي أصحابنا فإن قيل: يحتمل أن يكون معناه يعرف مقدار الدين قلنا: يحتمل هذا، ولكن ذكر قبله بسطرٍ ضمان المجهول فيبعد أن يقصد التكرار وهذا اختيار القفال رحمه الله. ولو أطلق الضمان عن الحق ولا يدري أنه حالّ أو مؤجل فالمذهب أنه يجوز ولزمه على صفته في الحلول والتأجيل. وقال بعض شيوخنا: لا بد أن يعلم أنه حالّ أو مؤجل. [٣٤/أ]

مسألة: قال: وَلاَ تَجُوزُ كَفَالَةُ العَبْدِ المَأْذُوْنِ فِي التِجَارَةِ.

الفصل

وهذا كما قال الكلام الآن فيمن يصح ضمانه وفيمن لا يصح، وأصل هذا أن كل من صح بيعه صح ضمانه. فإن كان الضامن عبداً لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون مأذوناً له في التجارة، أو غير مأذون له في التجارة فإن كان غير مأذون لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون بإذن سيده أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه فالضمان صحيح. ثم هل يتعلق بكسبه أو يلزم في ذمة العبد حتى يؤديه بعد العتق؟ قد ذكرنا فيما تقدم وجهان:

أحدهما: وهو اختيار صاحب «الإفصاح» يتعلق بكسبه فإن لم يكن له كسب ففي ذمته كالمهر والنفقة إذا أذن له بالنكاح وهذا لأن المقصود من الضمان أداء الحق، فإذا أذن فيه فقد رضي بتعلقه بكسبه.

والثاني: يلزم في صحته وهو الأصح لأن الإذن بالضمان إذن بالمعاملة فصار كما لو ابتاع مالاً بإذن سيده كان الثمن في ذمته دون كسبه ويفارق النكاح لأنه استمتاع لا يحصل له إلا بالمهر والنفقة فتعلق ذلك بكسبه لإذنه فيه. وإن كان هذا الضمان بغير إذنه قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان **أحدهما**: يجوز وهو اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة ويكون المال في ذمته يتبع به إذا عتق لأنه لا ضرر على السيد فيه ويخالف النكاح لأنه يضر بالسيد فإنه يقتضي الإنفاق وتعطيل منافعه بالكسب له.

قال هذا القائل: وقول الشافعي: ولا تصح كفالة العبد المأذون له في التجارة أراد إذا ضمن في المال دون الذمة، **والثاني**: لا يجوز وهو اختيار الإصطخري وهو ظاهر المذهب لأنه تبرع واستهلاك في الحقيقة فلا يجوز دون إذن السيد وهذا اختيار ابن سريج. وإن كان العبد مأذوناً فإن ضمنه في ذمته من غير إذن سيده فالحكم ما ذكرنا، قال القفال: والصحيح

---

(١) أخرج نحوه الحاكم في «المستدرك» (٢٢١٤) (٢/ ٣٠) والطبراني في «الكبير» (٧/ ١٧٩).

أنه لا يجوز لأنه ليس من التجارة فلا يتناوله الإذن. وقال أبو حنيفة: يجوز لأنه من جملة ما تدعو إليه التجارة وهذا غلط لما ذكرنا ولأنه ربما يجد مرجعاً وربما لا يجد فيكون استهلاكاً ومخاطرة فلا يجوز. وإن ضمنه في المال الذي في يده لم يجز بلا خلاف. وإن ضمن بإذن السيد في الذمة جاز. وهل يكون في ذمته أو كسبه؟ وجهان [٣٤/ب] على ما ذكرنا.

وقال صاحب «الإفصاح»: إذا قلنا: يجب في كسبه يجب أن يتعلق فيما في يده من المال أيضاً كما قلنا في النكاح. وإن ضمنه في المال الذي في يده وقلنا: إنَّ إذنه لا يقتضي تعلق الضمان به لم يصح الضمان. ولو أذن له في الضمان فيما في يده صريحاً فضمن صح الضمان وجهاً واحداً ويفارق الحر إذا ضمن الدين في مال معين في يده لا يجوز لأنه لا حاجة للحر إلى تعيين المال لصحة ذمته، وليس كذلك العبد فإن به حاجة إلى تعيين المال الذي في يده لأنه إذا أطلقه ثبت في ذمته ولا سبيل إلى استيفاء ما في ذمته في حال رقه فافترقا. أو نقول: التعيين فيما بيد العبد ينصرف إلى الأداء دون الضمان لأن الضمان متعلق بذمته فصح، والتعيين في الحر ينصرف إلى الضمان فبطل. وعلى هذا لو عينه السيد في رقبته تعين.

وقال بعض أصحابنا: لو ضمن الحر مالاً وعين القضاء في عين من أعيان ماله يجوز ويتعلق به على قياس قول ابن سريج لأن الحقوق تتعلق بأعيان الأموال كما في الرهن. وهذا إذا لم يكن على العبد المأذون دين، فإن كان عليه دين فهل يصير العبد محجوراً عليه في المال الذي بيده لأجل ديونه؟ قولان حكاهما ابن سريج.

أحدهما: لا حجر عليه فيما بيده إلا لسيده لكون ذلك على ملكه فعلى هذا يجوز تصرفه ما لم يحجر عليه بالفلس وصح ضمانه بإذن سيده، ولو أذن له السيد في هبة ماله صحت هبته.

والثاني: أن العبد محجورٌ لأجل الدين كما محجور في حق سيده لأن العبد يفاصل بما في يده لضعف ذمته بخلاف الحر. فعلى هذا ليس له أن يفعل ما يدخل الضرر على غرمائه بهبةٍ ولا غيرها، وإن كان بإذن سيده.

فإذا قلنا بهذا الوجه الثاني ففي ضمانه وجهان **أحدهما**: باطل لأنه صرفه إلى جهةٍ لم يثبت فيها، **والثاني**: يجوز لأن الضمان لا يتعين في المال وإنما يتعين فيه الأداء. فعلى هذا فيه وجهان أحدهما يكون فيما اكتسبه بعد الضمان وفيما فضل بعد دينه من المال الذي كان بيده قبل الضمان، والثاني في ذمته يؤديه بعد عتقه. وإذا قلنا بالوجه الأول أنه لا حجر عليه

فيما بيده للغرماء فضمن مالاً لرجل فالمضمون له يشارك سائر الغرماء قبل الحجر عليه لأن المال للسيد وقد أذن في [٣٥/أ] ذلك.

فرع

لو ضمن السيد لعبده مالاً عن أجنبي وعليه دين من تجارة مأذون فيها فيه مخرجان من اختلاف قوليه في غرماء العبد هل يستحقون حجراً عليه بديونهم أم لا؟ فإن قلنا: لا حجر لهم عليه فضمان السيد له باطل. وإن قلنا: لهم الحجر عليه فضمان السيد له جائز فإن قضى العبد دينه برئ السيد من ضمانه.

فرع آخر

لو كان على ذمة العبد دين فضمن عنه ضامن يجوز بلا خلاف فإن قيل: كيف يصح ضمانه ولا يطالب العبد به؟ قلت: الدين في ذمته لازم وإنما لا يطالب به لعجزه في حال رقه عن أدائه فكان ذلك بمنزلة الدين على الغير.

فرع آخر

لو ضمن العبد مالاً لسيده فمذهب الشافعي ضمانه باطل، وقال ابن سريج: يجوز ضمانه لأنه لا يجوز له أن يثبت له في رقبة عبده مال لأنه يملك الرقبة، ويجوز أن يثبت له في ذمته مال لأنه لا يملك الذمة فعلى هذا لا يكون للسيد أن يطالب عبده بالضمان إلا بعد عتقه.

فرع آخر

المبايعة للعبد مع سيده هل يجوز أم لا؟ قال في «الحاوي»: إن قال ابن سريج مثل ما قال في الضمان فقد جرى على القياس وكان لقوله وجه وإن كان يمنع فقد ناقض. ويحتمل أن يقول ابن سريج مثل ما قال في الضمان القياس ويجيز الأمرين كما قال في جواز بيع العبد من نفسه، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن بيع نفسه عليه مفضي إلى عتقه فجاز وبيع غير نفسه عليه لا يفضي إلى عتقه فلم يجز لفضل مزية العتق.

فرع آخر

لو ضمن العبد عن سيده شيئاً بأمره يصح فإذا عتق وغرم هل يرجع على السيد بما غرم؟ فيه وجهان أحدهما يرجع عليه تغليباً لحالة القضاء على حالة الضمان ذكره القاضي أبو

عليّ الزجاجي رحمه الله، والثاني لا يرجع عليه تغليباً لحالة الضمان على أداء حالة الأداء ذكره الشيخ أبو محمد الجويني رحمه الله.

فرع آخر

لو ضمن المحجور عليه نُظر فيه، فإن كان محجوراً عليه للسفه لم يصح ضمانه، وإن كان للفلس صح ودفع إليه ما فضل عن الغرماء.

مسألة: قال: وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ مُكَاتَبٍ أَوْ مَالاً فِي يَدَيْ وَصِيٍ أَوْ مُقَارِضٍ أَوْ ضَمِنَ أَحَدٌ مِنْهُمْ ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ.

وهذا كما قال قد ذكرنا ضمان مال [٣٥/ب] الكتابة أنه لا يجوز وأما المكاتب إذا ضمن عن الغير مالاً فإن كان بغير إذن المولى فهو كالعبد القِن. وإن كان بإذن المولى فهو تبرع وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان معروفان. ثم اعلم أن المزني أخلّ بالنقل حيث جمع بين الضمان عن المكاتب والوصي والمقارض ثم عطف على ذلك فقال: أو ضمن ذلك أحد منهم عن نفسه وهذا العطف في المكاتب محال لأن المكاتب ضامن بعقد الكتابة نجوم العقد فلعله ظن أنه ذكر سوى المكاتب ثلاثة من الأمناء.

مسألة: قال: وَضَمَانُ الْمَرْأَةِ كَالرَّجُلِ.

وهذا كما قال: ضمان المرأة يصح لأن كل من لزمه الثمن في البياعات صح ضمانه كالرجل. وقال مالك: لا تضمن المرأة إلا بإذن زوجها كالعبد لا يضمن إلا بإذن سيده.

مسألة: قال: وَلاَ يَجُوزُ ضَمَانُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ، وَلاَ مَجْنُونٌ، ولاَ مبرسم يَهْذِيْ[(١)].

الفصل

وهذا كما قال: لا يجوز ضمان الصبي لأنه غير مكلف وهو قول جميع العلماء ولا يجوز أيضاً ضمان المجنون لأنه لا حكم لقوله وقد قال ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»[(٢)]. وأما المريض فإن كان مبرسماً يهذي لا يصح ضمانه كالمغمى عليه. وإن كان يعقل صح ضمانه فإن برئ من

---

(١) انظر «الحاوي» (٦/ ٤٦٠).

(٢) أخرجه الترمذي في الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (١٤٣٣) والنسائي في الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج (٣٤٣٢) وأبو داود في الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً (٤٤٠٣) وابن ماجه في الطلاق المعتوه والصغير والنائم (٢٠٤١).

مرضه كان من صلب ماله. وإن مات كان محسوباً من ثلثه لأنه إتلاف مال بلا عوض. قال أصحابنا: فإن ضمن بإذن المضمون عنه كان من رأس ماله لأنه يرجع الورثة على المضمون عنه. وأما قوله: يهذي قيل: إنّه زيادة ذكرها المزني لغواً. وقيل: له فائدة وذلك أن المبرسم يهذي في أول برسامه مع قوة جسمه فإذا تطاول به أضعف جسمه فلا يهذي فأبطل ضمانه في الحالة التي يهذي فيها لينبه على بطلانه في الحالة التي هي أغلظ منها وهي الحالة التي لا يهذي فيها. وأما الأخرس فإن كان لا يعقل الإشارة ولا الكتابة لا يصح ضمانه. وإن كان يعقل الإشارة والكتابة فأشار به وكتب قام مقام النطق فهو كالناطق يصح ضمانه. وإن ضمن بالإشارة دون الكتابة جاز. وإن ضمن بالكتابة دون الإشارة لا يجوز وجهاً واحداً ذكره ابن أبي هريرة لأن مجرد الكتابة لا يقوم مقام النطق لاحتمالها حتى ينضم إليه الإشارة فيزول احتمالها. ومن أصحابنا من قال: يجوز لأن كتابته أقوى في البيان من الإشارة قال [٣٦/أ] هذا القائل: المزني غلط في نقله حيث شرط شرطين أن يعقل الإشارة، وأن يعقل الكتابة وأحدهما يكفي ويغني عن الثاني. وهذا الخلاف إذا كان لا يعقل الإشارة ويحسن الكتابة فكتبه ولم يشر والصحيح عندي جوازه وإن كان ما تقدم ظاهر المذهب.

فرع

لو اختلفا فقال المضمون له: ضمنت وأنت بالغ، وقال: بل ضمنت وأنا صبي فالقول قول الضامن لأن الأصل براءة ذمته والأصل الصغر. ولو قال: ضمنت وأنت مفيق، وقال: بل ضمنت وأنا مجنون فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له لأنه أقر بالضمان وادعى ما يوجب البطلان والأصل عدم ما ادعاه. وإن عرف له حالة جنون فالقول قوله لأن الأصل براءة ذمته وعلى المضمون له إقامة البينة أنه ضمن له في حال إفاقته.

فرع آخر

لو ضمن رجل ثمن المبيع فاستحق المبيع برئ الضامن، وكذلك إذا رده بعيب أو إقالة. ولو زوج رجلاً بغير أمره وضمن المهر كان النكاح فاسداً والضمان ساقطاً. ولو ضمن صَداق امرأته وأقبضها ثم ارتدت قبل الدخول بها يلزمها رد الصداق إلى الزوج ثم يلزم الزوج رد عين ما أخذ منها إلى الضامن ذكره أصحابنا بالعراق، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزمه رد تلك العين إلى الضامن بل يغرم مثلها له وهذا أقيس.

مسألة: قال: وَضَعَّفَ الشَّافِعِيُّ كَفَالَةَ الوَجْهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان له عليه دين يجوز ضمانه هل تصح الكفالة ببدنه ليرده إليه متى طالبه به أم لا؟ قال الشافعي في عامة كتبه: إنها جائزة نص عليه في حرملة واختلاف العراقيين واللعان. وقال في الدعوى والبينات: يجوز ثم قال في آخر كلامه: غير أن كفالة الأبدان عندي ضعيفة فضعف ذلك، واختلف أصحابنا فيه فقال أكثرهم: المسألة على قولين **أحدهما**: يجوز وهو المشهور وبه قال كافة العلماء ومالك وأهل المدينة والليث والثوري وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ﴾ [يوسف: ٦٦] ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب بعقد الكفالة بالمال في بيان الوصف أنه يجب تسليم البدن بعقد النكاح وعقد الإجارة.

والثاني: لا يجوز وهو القياس لأن كل مضمون إذا هلك كان على الضامن قيمته وها هنا لا مال [٣٦/ب] عليه إذا هلك المكفول به ولا إذا تعذر عليه تسليمه فوجب أن لا يكون مضموناً عليه. وهذه الطريقة اختيار المزني وأبي إسحاق.

والطريقة الثانية أن المسألة على قول واحد أنها تجوز لأن الشافعي قطع بجوازها في كتب وفرع عليه وقوله أنها ضعيفة ليس بقول ثاني، وإنما أراد أنها ضعيفة من حيث القياس ولكنا أجزناها لأخبار وإجماع الناس عليها. وروي أن نفراً آمنوا بمسيلمة الكذاب فأخذهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقتل واحداً منهم وتاب جماعة فكفلهم عشائرهم ووافقه على هذا الرأي جرير والأشعث رضي الله عنهما.

فرع

إذا قلنا: إنها باطلة فلا تفريع عليه وإن قلنا: إنها صحيحة هل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول؟ له وجهان كالمضمون له المال.

فرع آخر

هل يلزم أن يكون عارفاً بقدر الحق على المكفول ببدنه؟ وجهان **أحدهما**: يلزم ولا يصح إلا بعد معرفته وهو قول ابن سريج لأن عنده أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين وبه قال مالك حكاه أصحابنا عنه وأصحابه ينكرونه. **والثاني**: لا يلزم وهو مذهب الشافعي لأنه لا يلزم المال عليه بموته عنده.

فرع آخر

لو كان الحق الذي عليه مما لا يصح ضمانه فإن كان للجهل به وهو أن يكون الدين مجهولاً فقد ذكرنا. وإن كان لكونه حداً نظر فإن كان حد الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لم تصح الكفالة قولاً واحداً لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا كفالة في حد»[١] لأن حد الله تعالى مبني على الإسقاط والكفالة استيثاق فلا مدخل لها فيه. وإن كان حداً للآدمي كالقصاص وحد القذف قال الشافعي في اللعان: ولا كفالة في حد ولا لعان. ونقل المزني في «الجامع الكبير» وتجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد فمن أصحابنا من أخذ بظاهر ما نقل المزني وتأول ما قال في اللعان أن المراد به الكفالة بنفس الحد ووجهه أنه حق لآدمي فصحت الكفالة كسائر حقوق الآدميين، وقال ابن سريج: فيه وجهان أحدهما ما ذكرنا، والثاني لا يجوز لأنه يسقط بالشبهة. ولأن الكفالة لا تصح به فكذلك لا تصح ببدن من هو عليه، وقال جماعة من أصحابنا: وهذا هو المذهب.

وقال أبو حامد [٣٧/أ] رحمه الله: يشبه أن يكون الوجهان مبنيين على أن موت المكفول به هل يوجب الحق على الكفيل؟ فمن قال: يجب ذلك لا تجوز هذه الكفالة لأنه يجوز وجوب الحد على الكفيل وهذا إشارة إلى أن المذهب أنه يجوز لأن عند الشافعي لا يلزمه المال بموته ويفارق هذا حد الله تعالى لأن حق الآدمي مبني على الاستقصاء فيجوز الاستيثاق بالكفالة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الكفالة ببدن من عليه حد الله تعالى قولان أيضاً.

وهو كالقولين في أن كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة هل يجري في حدود الله تعالى أم لا؟ ووجه البناء أن حكم الحدود هل يجعل كحكم الأموال قولان؟ وفي هذا نظر والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

لو ثبت الحق ثم تكفل رجل ببدن المدعى عليه فمات المكفول به قبل تسليمه إليه برئ الكفيل ولا شيء عليه على ما ذكرنا. وبه قال أبو حنيفة. وقال ابن سُريج: فيه وجهان أحدهما هذا، والثاني يلزمه المال لأنه المقصود من هذه الكفالة وهذا غلط لأنه لم يتكفل بالمال فلا يلزمه ما لم يتناوله كفالته كما لو تكفل بمائة درهم لا يلزمه أكثر منها. ولأنه لو كفل بالمال لا يلزمه إحضار النفس فكذلك إذا تكفل بالنفس لا يلزمه إحضار المال ولا فرق بينهما.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١١٩٩) (٦/ ٧٧).

فرع آخر

إذا قلنا: يلزمه المال فهو الذي ثبت على ذمته وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان أحدهما هذا، والثاني يغرم الأقل من ديته أو الحق الذي عليه وهو كالقولين فيمن أراد أن يفدي عبده الجاني هل يفدي بإرش الجناية بالغاً ما بلغ أمر بالأقل من قيمته أو إرش جنايته.

فرع آخر

لو قال: تكفلت ببدنه إلى وقت كذا فإن لم أسلمه إليك في هذا الوقت فعليّ ما عليه أو ما تدعيه أو كذا وكذا درهماً فالكفالة باطلة لأنها كفالة معلقة بصفة وبه قال محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز فإن لم يوافقه به وجب عليه المال به.

فرع آخر

لو لم يمت ولكنه غاب غيبة لا يعرف موضعه لا يلزمه شيء كما لو مات على ظاهر المذهب وإن عرف موضعه وأمكنه إحضاره كلف إحضاره وأجل إلى وقت يمكن فيه الذهاب والمجيء، فإن جاء به وإلا حبسه [٣٧/ب] الحاكم له ذكره القاضي أبو حامد في جامعه. وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال لأن الحق قد توجه عليه وهذا غلط، لأن الحق وإن توجه عليه فإن يعتبر فيه إمكان التسليم ولا يمكنه ذلك.

فرع آخر

كل موضع أجزنا الكفالة هل يفتقر إلى إذن المكفول به؟ قال عامة أصحابنا: يفتقر إلى إذنه ولا يجوز من دون إذنه وهو ظاهر المذهب وهو اختيار ابن أبي أحمد وقال ابن سريج: يجوز ذلك من غير إذنه لأنه وثيقة بالحق فأشبه ضمان المال وهذا غلط لأنه يوجب تسليم النفس وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به. ولا يلزمه طاعته إذا لم تكن الكفالة بإذنه وفي المال يمكنه أداء الماء فافترقا.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح كما قال ابن سريج فتكفل به من غير إذنه قال: إذا طالب المكفول له بإحضاره يلزمه أن يحضر معه لا من ناحية الكفالة ولكن من ناحية الوكالة وكأنه وكل بإحضاره فيلزمه أن يحضر معه، ولو لم يقل له أحضره بل قال: اخرج إليّ من كفالتك فطالبه الكفيل بالحضور هل يلزمه أن يحضر معه؟ قال ابن سريج: به وجهان أحدهما لا يلزمه لأن

قوله اخرج إليّ من كفالتك معناه أعطني ما عليك من الحق فعلى هذا له حبسه حتى يخرج إليه من كفالته ولا يلزم المكفول به الحضور فإن قال أصحابنا: هذا يدل على فساد ما قاله لأنه يحبسه على ما لا يقدر عليه وهذا لا يجوز في الشرع، **والثاني**: يلزمه الحضور معه لأن قوله هذا يتضمن الإذن له في إحضاره ومعناه التوكيل به.

فرع آخر

إذا تكفل ببدن صبي أو مجنون صحت الكفالة لأن الحق يجب عليهما في ذمتهما وقد يحتاج إلى إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف ثم إنما تصح الكفالة بهما بإذن الولي لأن إذنهما لا يصح، وإن كان من غير إذن الولي لم يجز إلا على قول ابن سريج، ثم إن كانت الكفالة بإذن وليه فطولب بإحضاره كان للكفيل مطالبة وليه بإحضاره من حيث وجوب الحق على الصبي لا من ناحية الكفالة. وقال في «الحاوي»: ظاهر مذهب الشافعي رحمة الله عليه أنه لا يجوز وإن أمره الأب بالكفالة لأن أمر الأب [٣٨/أ] سؤال وطلب لا يتعلق عليه حكم به. وعلى قول ابن سريج يجوز ذلك.

فرع آخر

إذا جوزنا على ما قال ابن سُرَيج يجوز الكفالة به غائباً كان أو حاضراً، محبوساً كان أو مطلقاً لأنه يمكنه تسليم المحبوس وإحضار الغائب، وإن كانت الغيبة منقطعة ولا يمكنه إحضاره لا يجوز وقال أبو حنيفة: لا تجوز الكفالة ببدن المحبوس والغائب وهذا غلط لأن كل وثيقة صحت مع الإطلاق والحضور صحت مع الغيبة والخبر كالشهادة والضمان.

فرع آخر

لو كانت الكفالة بإذنه فطالبه المكفول له بإحضاره يلزمه الإحضار ويلزمه الحضور معه حتى يبرئ ذمته عن الكفالة. وإن كان المكفول له غير مطالب برده له إحضاره وتسليمه إليه كما لو أعاره للرهن كان له مطالبة الراهن بنكاله كذلك ها هنا.

فرع آخر

كل موضع أجزنا الكفالة لا يخلو من أحد أمرين إما أن تكون مطلقة، أو مقيدة فإن كانت مطلقة كانت حالة وكان له المطالبة به متى شاء ولزمه تسليمه في موضع الكفالة. وإن كانت الكفالة مقيدة وهو أن يتكفل به إلى أجل لا يخلو الأجل من أحد أمرين إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان مجهولاً مثل أن يقول: تكفلت ببدنه إلى العطاء أو الحصاد لا

يصح وهو الأصح، في المذهب وفيه وجه آخر يصح كالعارية والإباحة لأنه حق لا يقابله عوض. وهذا غلط لأنه ضمن في ذمته مالاً بعقد فلا يجوز إلى أجل مجهول كالثمن في البيع، ويفارق العارية لأنه لو قال: أعرتك أحد هذين الثوبين يجوز له الانتفاع بأحدهما، ولو قال: تكفلت لك بأحد هذين لا يجوز. وإن كان إلى أجل معلوم صحت قولاً واحداً، فإذا صحت إلى أجل لم يملك المطالبة به قبل انقضاء الأجل وفيه وجه آخر لا تجوز إلا مطلقة.

فرع آخر

لو شرط عليه تسليمه في موضع بعينه فقال: أسلمه إليك في المسجد الأعظم أو مجلس الحكم لزمه تسليمه إليه فيه فإن سلمه إليه في موضع آخر نظر فإن كان بقرب مجلس الحكم ولا يتعذر عليه حمله إليه، وإذا امتنع لحقه الفوت من جهة الحاكم والمعونة في حمله لزمه تسلمه وفيه [٣٨/ب] وجه آخر لا يلزمه قبوله إلا في الموضع الذي عينه لأن عليه مؤونة في حمله إلى الموضع الذي عينه، وإن قلت وإن كان في طرف من البلد ولا يمكنه حمله إلى مجلس الحكم ويخاف هربه منه أو امتناعه عليه لم يلزمه تسلمه.

فرع آخر

إذا وجب تسلمه فأبى أن يقبله أجبره الحاكم على قبوله، فإن لم يقبله تسلمه الحاكم وبرئ الكفيل قال ابن سريج: فإن لم يكن حاكم أشهد على إحضاره عدلين وبرئ الكفيل.

فرع آخر

لو لم يحمله إلى الحاكم مع القدرة عليه وأشهد على امتناعه رجلين ظاهر ما قال الشيخ أبو حامد: إنه لا يبرأ. وقال القاضي الطبري: يبرأ ويكفي الإشهاد على امتناعه وهذا أقيس لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه تسليمه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره.

فرع آخر

لو كان هناك يد حائلة مثل سلطان قاهر أو متغلب عليه لم يكن هذا تسليماً كتسليم المبيع سواء.

فرع آخر

لو كانت الكفالة مؤجلة فحل الأجل فإن كان المكفول به حاضراً فالحكم فيه كما لو كانت الكفالة مطلقة، وإن كان غائباً فإن كانت غيبته غيبة منقطعة لا يملك مطالبته بإحضاره

ويتوقف إلى وقت القدرة، وإن لم تكن غيبته منقطعة يلزمه إحضاره على ما ذكرنا. ولو طولب بإحضاره والمكفول به في محبس الحاكم بحق فقال الكفيل للمكفول له: احضر محبس الحاكم حتى أسلمه إليك يحضر معه ويسلمه إليه في الحبس والحاكم ينظر بينه وبين المحبوس، فإن أخرجه من الحبس لسماع البينة عليه أو الدعوى فإذا فرغ رده إلى الحبس، وإن ثبت عليه الحق حبسه بالحَقّين وإن لم يثبت حبسه بالأول على ما كان. وقال المزني: لا يبرأ الكفيل بهذا لأنه يمكنه أن يقضي دينه ويفكه من الحبس ويحضره له. وقال أيضاً: لو خرج المكفول به إلى دار الحرب يلزمه إحضاره من دار الحرب لأنه لم يمت ولا يبرأ ما لم يحضره وهذا غلط لأن التسليم في الحبس ممكن على ما ذكرنا فلا حاجة إلى إخراجه من الحبس. وأما إذا لحق بدار الحرب لا يقدر على إحضاره ظاهراً فصار كالمعسر بالحق وعندنا يلزمه أن يفعل ما يقدر عليه [٣٩/أ] من أسباب التسليم ولا تلزمه الزيادة للتعذر.

فرع آخر

لو كان محبوساً عند غير الحاكم لا يبرأ ولا يلزمه تسلمه لأنه لا يقدر على استيفاء حقه منه بخلاف ما إذا كان في حبس الحاكم.

فرع آخر

لو تكفل به في مصر فرده إليه في مصر آخر فإن كانت بينته في مصر الحاكم لم يلزمه قبوله فيه حتى يسلمه إليه في المصر الذي تكفل ببدنه فيه. وإن لم تكن له بينة ولا كان حاكمه يعلم أن حقه عليه يلزمه قبوله في المصر الآخر.

فرع آخر

لو لقيه المكفول به في الموضع المشروط وقال: اشهدوا أني سلمت نفسي إليه من كفالة فلان برئ الكفيل، ذكره القاضي أبو حامد في «الجامع» لأن القصد حصوله في يده فلا فرق بين أن يكون بالكفيل أو بنفسه وحده.

فرع آخر

لو أحضره قبل انقضاء الأجل نُظر فإن كان عليه في قبوله ضرر لم يلزمه قبوله، والضرر أن يكون بينته بالحق غائبة وحجته متعذرة أو لم يكن اليوم يوم مجلس الحكم للحاكم. وإن لم يكن في قبوله ضرر يلزمه قبوله كمن أتى بالدين قبل محله يلزمه القبول إذا لم يكن عليه ضرر ذكره أبو حامد في «الجامع».

فرع آخر

لو تكفل ببدنه رجلان فرداه معاً برئا. وإن رده أحدهما برئ دون شريكه. وقال المزني: يبرأ شريكه أيضاً كما لو قضى أحد الضامنين المال يبرأ الضامن الآخر وهذا غلط لأن الحق باقٍ على المكفول به فلا يسقط به حق الوثيقة عن الكفيل الآخر من غير أن يوجد منه الإحضار، ويفارق قضاء الدين لأن الحق قد سقط فسقطت الوثائق به وها هنا سقطت الوثيقة عن أحدهما مع بقاء الحق فصار كما لو كان بالحق رهون فانفكّ أحدها مع بقاء الحق لم ينفك الباقي.

فرع آخر

لو تكفل كل واحد منهم بالمكفول به وببدن الآخرين جاز لأن عليهما حقاً وصار كل واحد منهم كفيلاً بمن عليه الحق وكفيلاً بالكفيلين، فإن رده واحد منهم برئ بالرد من كفالة الأصل وبرئ صاحباه من كفالتهما به لأنهما فرع له وبقي كل واحد كفيلاً بالأصل وكفيلاً بصاحب الباقي معه وقال أبو حامد: إذا رد أحدهم [٣٩/ب] برئ الآخران كما قال المزني، وذكره القاضي الطبري في المذهب المجرد أن هذا هو المذهب لأن المكفول به عند الشافعي البدن دون المال فإحضار أحدهم البدن وتسليمه إليه بمنزلة قضاء الدين في ضمان المال وهذا غير مشهور، وذكر في «المهذب» أن القاضي الطبري اختار خلاف ما قال المزني وعندي الصحيح ما قاله المزني وعلى قياس قول ابن سُريج لا يبرأ الآخران لأن المال عنده مضمون في هذه الكفالة، فإذا كان المال باقياً عليه لم يبرأ الآخران في هذه الكفالة وفي ضمان المال.

فرع آخر

لو كان لرجلين على رجل ألف فتكفل به رجل لهما فرده على أحدهما برئ وكان عليه رده إلى شريكه لأن عقد الرجل مع الرجلين في حكم العقدين.

فرع آخر

لو تكفل ببدن رجل ثم تكفل بالكفيل كفيل آخر ثم ثالث بالثاني فكله صحيح. وإن مات من عليه الدين برئ الكفلاء على قول الشافعي. وإن مات الكفيل الأول برئ من بعده من الكفلاء ولم يبرأ الأصل، وإن مات الكفيل الثاني برئ هو ومن بعده من الكفالة ولا يبرأ الكفيل الأول ولا صاحب الحق والحكم فيه إذا أحضره واحد من الجملة كالحكم فيه إذا مات والإبراء عن الكفالة كالموت سواء.

فرع آخر

لو تكفل ببدن رجل عليه دين ثم قال المكفول له: لا حق لي قبل المكفول به هل يبرأ الكفيل والمكفول به بذلك؟ قال ابن سريج: يحتمل معنيين يعني وجهين:

أحدهما أنه مقر بأنه لا حق له قبله على العموم لا في بدنه ولا في ذمته فبرئ بذلك هو والكفيل لأن هذا نفي في نكرة فيقتضي استغراق الجنس.

والثاني: يرجع في تفسيره إليه فإن قال: أردت لا دين عليه ولا حق في ذمته برئ من الحق ومن الكفالة، وإن قال: أردت لا حق لي في يده على سبيل الأمانة والوديعة والعارية رجعنا إلى الكفيل أو المكفول به فإن صدقاه على ذلك فالكفالة بحالها، وإن كذباه فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم بما نواه وأعرف بما قصده فيحلف وتبقى الكفالة بحالها.

فرع آخر

لو قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة أو قد برئت إليّ منها أو قد رددته إليّ برئ الكفيل بكل هذا.

فرع آخر

لو عاد المكفول له إلى المكفول به فطالبه [٤٠/أ] ولازمه بالحق فلقيه الكفيل فقال: دعه وأنا على ما كنت عليه عادت كفالته ولأن هذا الكلام يحتمل استئناف الكفالة ويحتمل الإخبار عن أنه على الكفالة وأيهما كان فقد ألزم نفسه الكفالة. وكذلك لو قال: دعه فقد عدت إلى ما كنت عليه عادت كفالته لأن هذا استئناف كفالة ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو قال رجل لرجل: فلان ملازم فلاناً فاذهب فتكفل به ففعل كانت الكفالة لازمة للمباشر دون الآمر، لأن المباشر فعل ذلك باختياره والآمر بذلك على طريق الحث والإرشاد ولا يلزم المكفول به الحضور مع الكفيل لأنه ما تكفل به بإذنه ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو تكفل ببدن رجل عليه دين الثمن قال الكفيل: برئ المكفول به من الدين وأنكر المكفول له قال ابن سريج: القول قول المكفول له لأن الأصل بقاء الحق فإن حلف فالكفالة والحق بحالهما، وإن نكل حلف الكفيل وبرئ من الكفالة ولا يبرأ المكفول به من الحق لأنه لا يجوز أن يبرأ بيمين غيره.

فرع آخر

لو قال الكفيل بعد أن تكفل به: تكفلت ببدنه ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لأن الظاهر صحة الكفالة. وهل يحلف؟ قال ابن سريج: فيه وجهان أحدهما لا يحلف لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله، والثاني يحلف لأن ما ادعاه ممكن فأحلفناه ليزول الإشكال، فإن حلف فلا كلام، وإن لم يحلف رددنا اليمين على الكفيل لأنه يجوز أن يعلم أنه لا حق له عليه بقوله لا حق لي عليه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا تكفل ببدن رجل قبل ثبوت حق المدعى عليه بالبينة أو بالإقرار فعلى الكفيل إحضاره مجلس الحكم ولا بد من الإذن ها هنا ليمكنه إحضاره عند القاضي والكفالة واقعة على إحضاره، فإن تعذر الإحضار بموتٍ أو غيبة بطلت الكفالة إلا أن يكون الميت لم يتغير ويقول الشهود: نحن نشهد على وجهه لا على اسمه ونسبه فعلى الكفيل مؤونة إحضاره مجلس الحكم ليشهدوا على وجهه ذكره بعض أصحابنا بالعراق والمشهور الأول وقال في «الحاوي»: إذا كان له بينة تشهد على عينه لا بأس بإحضار الميت مجلس الحكم [٤٠/ب] أو يحضر الحاكم موضع الميت ليسمع البينة على عينه، وعلى هذا في الكفالة وجهان أحدهما أنها باقية ويؤخذ الكفيل بإحضار الميت، والثاني أنها تبطل لأن الميت مقدور عليه لإقامة الشهادة عليه فلم يحتج إلى الكفيل.

فرع آخر

لو شرط الخيار في الكفالة أو ضمان المال بطلت الكفالة. وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط وتجوز الكفالة وهذا غلط لأنه عنده لا يجوز فيه شرط الخيار، فإذا شرطه بطل كالسلم والصرف.

فرع آخر

لو قال: تكفلت بشرط الخيار وأنكر المكفول له شرط الخيار قال في «الأم» و«المواهب»: فيه قولان أحدهما يسقط إقراره لأن الإقرار لا يتبعض وقد وصل إقراره بما يبطله. والثاني لا يسقط إقراره فتصح الكفالة ويبطل قوله بشرط الخيار لأن الحكم لزمه بأول قوله فإذا وصله بما يسقطه سقط الأخير وبقي الأول. وأصل هذا إذا قال: عليّ درهم قضيته هل يبطل إقراره؟ قولان وقال بعض أصحابنا: على قياس هذا إذا قال: تكفلت ببدن فلان ولا حق لك عليه هل يبطل إقراره قولان أيضاً.

فرع آخر

لو كان له على رجل حق وله بمن عليه الحق كفيل فقال آخر للمكفول له: تكفلت لك ببدن من عليه الحق بشرط أن تبرأ من كفالة فلان وأقوم مقامه، قال ابن سريج: يجوز وتكون كالحوالة على الثاني، وقال أبو حامد: فيه عندي نظر وينبغي أن لا تصح الكفالة لأنه شرط أن يبرئ غيره من الحق وهذا شرط لا يلزمه الوفاء به.

فرع آخر

لو كان له ألف على رجلين فقال له أجنبي: تكفلت لك ببدن هذا الغريم فإن جئتك به وإلا فأنا كفيل ببدن الآخر فالكفالة باطلة فيهما.

فرع آخر

اللفظ التي تصح به الكفالة أن يقول: قد كفلت لك بنفس فلان وهذا عرف أهل العراق أو يقول له: كفلت له بوجه فلان وهذا عرف أهل الحجاز. وإن ذكر عضواً يعبر به عن الجملة كالعين والرأس والوجه والرقبة تجوز. وإن كان لا يعبر به عن الجملة فإن كان لا يحيى بفقده كالكبد والفؤاد والطحال يجوز ويكون كقوله بنفسه. وكذلك إذا قال: بنصفه وثلثه ونحو ذلك يجوز لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا [٤١/أ] بإحضار الكل. وإن كان يحيى النفس مع فقده كاليد والرجل ونحو ذلك فيه وجهان أحدهما لا يجوز لأنه ينفرد البدن عنها وربما تذهب اليد ويبقى الكفالة فيستحيل الإشارة إليها في الكفالة، والثاني يجوز لأنه لا يمكن إحضارها على صفتها إلا بإحضار البدن وهذا أظهر، وقال أبو حامد والقاضي الطبري: لا تصح الكفالة في شيءٍ مما ذكرنا لأن ما لا يسري إذا خَصّ به عضواً لا يصح كالبيع والنكاح.

فرع آخر

لو أن رجلاً تكفل بالمال الذي عليه وسماه وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال فوافاه به من الغد أو لم يوافه به فالكفالة باطلة.

فرع آخر

لو ادعى رجل قبل عبدٍ دعوى فكفل مولاه بنفسه جاز. وإن كفل بمالٍ لزمه فإن أدى عنه بعد عتقه رجع عليه، وإن أدى عنه قبل عتقه فيه قولان أحدهما لا يرجع بشيء والثاني أنه يضرب بما أدى عنه مع غرمائه إن كان الضمان بأمره قال ابن سُريج: وهذا أحب إليّ.

فرع آخر

لو تكفل رجل عن رجل بمالٍ على أن يجعل له جعلاً فالضمان باطل والجعل غير لازم وإن لم يشترط الجعل في عقد الضمان جاز ولا جعل له.

فرع آخر

لو أبرأ الطالب الكفيل من المال أو أبرأ من عليه أصل المال أو قال: أنت في حلٍ هل يبرأ قبل القبول؟ قال القاضي أبو عليّ الزجاجي: فيه قولان **أحدهما**: برئ وإن لم يقبل وهو الأصح، **والثاني**: لا يبرأ إلا بعد القبول.

فرع آخر

إذا تكفل ببدن المكاتب لسيده لم يصح لأن الحق الذي عليه غير لازمٍ له فلا تصح الكفالة به.

فرع آخر

لو مات الكفيل بطلت الكفالة. وقال في «الحاوي»: يحتمل على قول ابن سريج أن تبطل الكفالة لأنها قد تفضي إلى مالٍ يتعلق بالتركة ولا نص عنه في هذا.

فرع آخر

لو مات المكفول له لا تبطل الكفالة. فإن خلف ورثة وغرماء ووصى بإخراج الثلث فإن كان المستحق على المكفول به لا يتعلق بالمال كان المستحق للكفالة الوارث وحده. وإن كان مالاً لم يبرأ الكفيل إلا بتسليمه إلى الورثة والغرماء والوصي جميعاً. ولو سلمه إلى الورثة دون الغرماء والوصي أو إلى الغرماء دون الورثة [٤١/ب] لم يبرأ. ولو سلمه إلى الورثة والغرماء وأهل الوصايا دون الوصي ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج أحدهما يبرأ لأنه سلمه إلى مستحقيه وإنما الوصي نائبٌ ووسيطٌ، والثاني لا يبرأ حتى يكون الوصي في جملة من يسلمه إليه، لأن للوصي ولاية على أهل الوصايا كولي الطفل.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو ضمن اثنان عن رجل مائة درهم على أن كل واحد منهما ضامنٌ لما على صاحبه جاز، وكان كل واحدٍ منهما ضمن شيئين ضمن عن الأصيل نصف المال وعن الكفيل الآخر نصف المال بخلاف البيع لا يصح بهذا الشرط على ما ذكرنا، ثم إن صاحب الحق بالخيار إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب هذا الضامن،

وإن شاء طالب الضامن الآخر، وإن شاء طالب كل واحدٍ منهما بخمسين ثم يقال للدافع: إن دفعت النصف الذي على الأصيل فارجع على الأصيل، وإن دفعت الذي أنت فيه كفيل الكفيل فارجع على صاحبك لكن صاحبك يرجع عليك أيضاً فيتقاصان فلا فائدة فيه، وإنما فائدته تظهر إذا قال **أحدهما**: دفعت النصف الذي أنا فيه ضامنٌ عن الأصيل وقال الآخر: وأنا دفعت الذي النصف الذي أنا فيه ضامنٌ عن الكفيل فيقول له: ارجع على صاحبك ثم يقول لصاحبه: ارجع بالكل على الأصيل ولو غرم أحدهما كل المائة فله أن يطالب صاحبه بخمسين، وهل له أن لا يرجع عليه بل يرجع بالكل على الأصيل؟ نُظر فإن كان الأصيل أذن له أن يضمن النصف عن الكفيل الآخر فله ذلك لأنا ذكرنا أن الأصيل إذا قال لرجلٍ: اضمن عن ضامني فضمن وكان الضامن الأول ضمن بإذن الأصيل فله الرجوع بما غرم على الآمر. وإن لم يكن أذن له في ذلك فلا يرجع عليه. ولو كانت المسألة بحالها وهو أن اثنين ضمنا وكل واحدٍ منهما ضمن عن صاحبه بالإذن، ثم إن أحدهما صالح المضمون عنه عما سيغرمه على عشرة دراهم ففي صحة الصلح ذكرنا وجهين فإن جوزنا الصلح فغرم المائة لم يرجع بشيء على المضمون عنه ولا على الكفيل الآخر، لأنه لو رجع على الكفيل لرجع الكفيل على الأصيل. والثاني أنه لا يجوز الصلح فعلى هذا القول له قد قبضت [٤٢/أ] عشرةً فإن شئت فخذ الباقي وهو تسعون من الأصيل، وإن شئت فخذ منه أربعين ومن الكفيل الآخر خمسين.

فرع آخر

في السفتجة أخذ السفتجة بالمال جائز وربما تكون بدين ثابتٍ، وربما تكون بقرضٍ حادثٍ فأما بدين ثابت إذا سأل صاحبه من عليه أن يكتب له به إلى بلد لم يلزمه إلا أن يشاء فلو اتفقا جاز. وأما بقرضٍ حادثٍ فهو على ضربين أحدهما بشرط أن يكتب له فقد ذكرنا أنه قرضٌ باطل سواء شرطه المقرض أو المقترض، والثاني أن يكون قرضاً مطلقاً ثم يتفقان على كتب سفتجة فيجوز فإن كانت بلغة الحوالة فوردت عليه لزمه أداؤها بأربع شرائط أن يعترف بدين المكاتب. وأن يعترف بدين المكتوب له. وأن يعترف بأنه كتاب المحيل. وأن يعترف بأنه كتبه مريداً به الحوالة. فإذا اعترف بهذه الشرائط الأربع لزمه ما فيها سواء ضمنه لفظاً أو لا.

فرع آخر

لو اعترف بدينهما أو بالكتابة وأنكر أن يكون الكاتب أراد به الحوالة فالمذهب الذي يوجبه القياس أنه لا يلزمه، ومن أصحابنا من قال متى اعترف بالكتاب والدين تلزمه الحوالة، وإن أنكر الإرادة اعتماداً على العرف وأن الوصول إلى الإرادة متعذر.

فرع آخر

لو لم يعترف بالكتاب ولكنه أجاب إلى دفع المال ليكون مضموناً عليه إلى أن تصح الحوالة جاز. ثم اختلف أصحابنا في أن له استرجاعه منه قبل صحة الحوالة أم لا على وجهين أحدهما ليس له اعتباراً بالشرط وأن له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة. والثاني وهو اختيار الزبيري من أصحابنا يجوز له استرجاعه متى شاء ما لم تثبت صحة الحوالة لأن المال لا يلزمه قبلها.

فرع آخر

لو كانت السفتجة بلفظ الأمر والرسالة لم يلزم المكتوب إليه دفعه إلا أن يضمنها لفظاً سواء اعترف بالكتاب والدين أم لا ،وبه قال محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: إذا قرأها وتركها ترك رضا لزمه وقال بعض العراقيين: إذا أثبتها في حسابه لزمته، وعندنا لا يلزمه شيء من هذا. وكذلك لو كتب على ظهرها أنها صحيحة قد قبلتها حتى يضمنها لفظاً. ثم لا يلزم الكاتب إلا [٤٢/ب] أن يعترف بها لفظاً ولا يلزم باعترافه بالخط. ومن أصحابنا من قال: إن اعترف بالخط لزمه وهو قول من قال: إنّ المكتوب إليه إن اعترف بالخط في الحوالة يلزمه وهو غير صحيح في الموضعين.

فرع آخر

قال والدي رحمه الله: لو كان رجلان لكل واحدٍ منهما على الآخر دين اسم أحدهما زيد واسم الآخر عمرو فسأل زيد عمراً أن يجعل ماله عليه قصاصاً بالآخر هل يلزم عمراً ذلك أم لا؟ نُظر فإن كان عمرو موسراً لزمه أن يفعل ما سأله زيد لأن كل واحدٍ من الحقين معجل ولمن عليه الدين دفعه من أي مال شاء، فإذا أراد زيد أن يدفع ما عليه مما له على عمرو لزمه قبوله. وإن كان عمرو معسراً لم يلزمه فعل المقاصة لأنه يستحق الإنظار بما عليه ومطالبة زيد بالحق معجلاً فلا يلزمه أن يجعل المؤخر قصاصاً عن المعجل الثابت في الحال وجوباً وأداءً لأن فيه إلحاق ضرر به كالدين المؤجل مع الحال.

فرع آخر

إذا كان له على آخر دين لا يتمكن من قبضه ولمن عليه الدين دين على آخر فقبضه منه صاحب الدين الأول لتمكنه منه صح القبض وبرئ من عليه الدين، لأن الدين كَعَيْنِ المال ذكره والدي رحمه الله قال: وعلى هذا لو كان للمديون عين مغصوبة في يد رجل فتمكن صاحب الدين من قبضها فقبضها والمديون ممتنع من قضاء دينه صح القبض وبرئ الغاصب

من الضمان فكذلك القول في الدين. قال: ويحتمل أن لا يبرأ الغاصب لأن بعض أصحابنا قال: صاحب الدين إذا قبض من مال المديون الممتنع من غير جنس حقه فتلف في يده قبل بيعه واستيفاء الحق من ثمنه هل يكون من ضمانه؟ وجهان فإذا قلنا: لا يلزمه الضمان يبرأ الغاصب فيما ذكرنا، لأن القابض كالوكيل في الأمانة فكان مثله في رفع الضمان. وإذا قلنا: يلزمه الضمان لا يبرأ لأنه ضامن وصل المغصوب إلى يده بغير إذن صاحبه فصار كالغاصب من الغاصب. قال: والأوضح عندي أن يبرأ الغاصب وجهاً واحداً كما يبرأ من عليه الدين في مسألة الدين، ولا يمكن أن يقال خلافه لأنه لو لم يبرأ لما جاز للقابض قبضه لأنه لا حق له على المقبوض منه [٤٣/أ] وإنما يجوز له استيفاء الحق منه بشرط أن يصير ملكاً للمديون الأول.

فرع آخر

إذا جوزنا الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به فطالب الكفيل يلزمه الخروج إليه ويسأله المجيء إلى الحاكم على سبيل التوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا، فإذا خرج إليه وأخبره هل يلزم المدعىٰ عليه وهو المكفول ببدنه إجابته إلى ذلك؟ وجهان كما إذا خرج نفس صاحب الحق إليه وسأله الحضور معه عند الحاكم هل يلزمه الحضور معه؟ وجهان أحدهما لا يلزمه ما لم يقم البينة عليه، والثاني يلزمه. وهكذا إذا حمل ختم الحاكم أو عونه هل يلزمه الحضور عند الحاكم بنفس ذلك؟ وجهان والأصح أنه يلزمه. ولو أن صاحب الحق طالب الكفيل برد المكفول عليه ولم يأمره بإحضاره عند الحاكم فهل ذلك أمر منه بإحضاره؟ وجهان ذكرهما ابن سريج رحمه الله.

فرع آخر

إذا أراد أن يوفر من عليه الدين مما عليه فادعى صاحب الدين أنه مؤجل ولا يلزمه قبضه إلى انقضاء الأجل إما للمؤونة أو لخوف الفساد وادعى من عليه الدين أنه حال وعليه أن يقبضه أو يبرئه منه فهل القول قول صاحب الدين أو من عليه الدين، قال والدي رحمه الله: يحتمل وجهين وأصل هذا إذا ادعى من عليه الدين عقيب إقراره التأجيل وادعى من له الدين الحلول فيه قولان.

فرع آخر

إذا زعم الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه وأحضر شاهدين أحدهما المضمون عنه فإن كان الضمان من غير أمر المضمون عنه صحت الشهادة، وإن كان بأمره لا تصح.

كتاب الشركة

تحريت فيها مذهب الشافعي رحمة الله عليه. قال المزني رحمه الله: الشركة من وجوه[(١)].

الفصل

وهذا كما قال: الأصل في الشركة وجوازها الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ . . .﴾ الآية [الأنفال: ٤١] فأضاف الغنيمة إلى الغانمين ثم قطع منها الخمس لأهله فحصلت أربعة الأخماس مشتركة بين الغانمين [٤٣/ب] والخمس مشترك بين أهله. وأيضاً قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ الآية [ص: ٢٤]. والخلطاء هم الشركاء. وأما السنَّة ما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من كان له شرك في رَبْع أو حائط فلا يبعه حتى يُؤذن شريكه»[(٢)]. وروي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم رضي الله عنهما كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقدٍ فأجيزوه، وما كان نسيئة فردوه»[(٣)]. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا»[(٤)]. وروي أنه ﷺ قال: يقول الله تعالى: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما فإذا خانه خرجت من بينهما»[(٥)] رواه أبو هريرة رضي الله عنه. وروى مجاهد أن قيس بن السائب رضي الله عنه قال: «إن رسول الله ﷺ كان شريكي في الجاهلية وكان خير شريك لا يشاري ولا يماري»[(٦)] المشاراة اللجاج.

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٦/ ٤٦٩).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة (١٦٠٨) والنسائي في البيوع، باب بيع المشاع (٤٦٤٦) وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة (٣٥١٣) وأحمد في «مسنده» (١٣٩٩٤).

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٨٨٢٠).

(٤) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٥/ ٣).

(٥) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشركة (٣٣٨٣).

(٦) أخرج نحوه ابن ماجه في التجارات، باب الشركة والمضاربة (٢٢٨٧).

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين في جوازها. فإذا تقرر هذا ذكر المزني أنه تحرىٰ كتاب الشركة على مذهب الشافعي وهذا يوهم أنه ليس للشافعي شيء في الشركة وليس كذلك لأن للشافعي كتاب الشركة في اختلاف العراقيين ونقل الربيع والبويطي شيئاً منها. وقيل: قوله الشركة من وجوه غلط بل الصحيح أن الشركة من وجه واحد وهو أن يجعلا شريكين في المال، وإنما أسباب الشركة كثيرة من الإرث والهبة للجماعة والغنيمة والشراء بين جماعة. ولأنه ذكر وجوهاً وكلها جهات الشيوع لا حقيقة ما يسمى شركة، فإن اسم الشركة في الشريعة وعرف اللسان يقتضي مع الشيوع صفة أخرى وهي أن يأذن كل واحدٍ منهما للآخر في التصرف، وجملة ذلك أن الشركة مباحة إذا كان الشريكان مسلمين فإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً كرهناه، وسواء كان المتصرف المسلم أو الكافر.

وحكي عن الحسن البصري [٤٤/أ] رحمه الله أنه قال: إن كان المتصرف المسلم لا يكره وإن كان المتصرف الكافر أوهما كره لأن الكافر يتصرف في المباح والحرام بخلاف المسلم وهذا غلط لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني والمجوسي لأنهم يربون والربا لا يحل ولا مخالف له. ولأن مال اليهود ليس بطيب فإنهم يبيعون الخمور ويتعاملون بالربا فكرهت مشاركتهم.

ثم اعلم أن الشركة على ستة أضرب في الرقاب والمنافع، وفي الرقاب دون المنافع، وفي المنافع دون الرقاب. وفي المنافع المباحة، وفي حقوق الأبدان، وفي حقوق الأموال.

فأما التي في الرقاب والمنافع معاً فالشركة في الأعيان المملوكة كالعقار والحيوان والخيل والبغال والحمير والثياب ونحو ذلك.

وأما في الرقاب دون المنافع وفي المنافع دون الرقاب بأن يوصى لجماعة بمنفعة دارٍ على التأبيد فتكون المنفعة دون الرقبة مشتركة بين الموصى لهم بها والرقبة دون المنفعة مشتركة بين الورثة.

واختلف قول الشافعي في الوقف على قولين **أحدهما**: ينتقل رقبة الوقف إلى الله تعالى لا إلى مالك فعلى هذا يكون أهل الوقف شركاء في المنافع دون الرقاب، **والثاني**: أنها ينتقل إلى الموقوف عليه فعلى هذا يكون أهل الوقف شركاء في المنافع والرقاب معاً.

وأما الشركة في المنافع المباحة فهي منافع الكلب إذا مات وله ورثة وخلف كلاباً كانوا شركاء في منافعها والمنفعة غير مملوكة لهم لأنها لا تضمن بالغصب. وهكذا لو أوصى بمنفعة كلب لجماعة.

وأما الشركة في حقوق الأبدان فالقصاص وحد القذف إذا ورثوا قصاصاً أو حد قذف

كانوا فيه شركاء، وإنما يختلفان من وجه وهو أن القصاص حق لهم ولكل واحدٍ منهم قدر نصيبه من الميراث، وحد القذف حق لهم ولكل واحدٍ منهم تمامه حتى لو ترك واحد منهم حقه كان للباقين الاستيفاء، ولو عفا عنه الكل إلا واحداً كان لذلك الواحد أن يستوفيه.

وأما الشركة في حقوق الأموال فالآخذون بالشفعة يستحقون [٤٤/ب] الشفعة بالشقص الذي هو شركة بينهم، والقصد من هذا الكتاب الشركة لابتغاء الفضل بالتصرف وكل هذه الأقسام يرجع إلى قسمين شركة في الأعيان، وشركة في المنافع، وكلها ينقسم قسمين أحدهما شركة تحصل بين قوم بغير اختيارهم وهو الميراث وشركة لا تحصل بغير تراضي وهي ما عدا الميراث إلا أن يختلط مالان فيكون المالان شركة بينهما بغير اختيارهما.

وقيل: الشركة من ثلاثة أوجه في الأعيان، وفي المنافع وفي الحقوق. فالذي في الأعيان من وجوه شركة التجارة بالشراء مشتركاً والهبة الميراث وفي المنافع والحقوق ذكرنا. ومن جملتها حق الرد بالعيب وخيار الشرط ونحو ذلك. وذكر المزني بيان القسمة ها هنا وليس هذا موضعه ولكنا نشير إلى طرف منها فالقسمة جائزة في الأموال المشتركة ولا يفتقر فيها إلى لفظ بيع كما قسم ﷺ خيبر من غير بيع. والقرعة جارية في كل قسمة تشبه قسمة الغنائم وإنما تجوز فيما يحتمل القسمة، فأما ما لا يحتملها تؤدي القسمة فيها إلى إضاعة المال. وإنما يقسم إذا دعا بعض الشركاء إلى القسمة ولا يجبر الحاكم عليها قبل ذلك.

وقال: لا يجوز قسمة رقاب الأوقاف، وعلل بأنه ارتفع الملك عنها وهذا يوهم أنا إذا حكمنا بالملك للموقوف عليهم جازت لهم القسمة وليس المذهب هكذا بل هم ممنوعون عن قسمة الرقبة على جميع الأقاويل، ومعنى قوله: لارتفاع الملك عنها أي لارتفاع الملك الكامل عنها، ونحن وإن حكمنا بالملك لهم في أحد القولين فهو موصوف بالضعف، ألا ترى أنه لا يستحق به الشفعة والقسمة حتى لمن تكامل ملكه؟! فإن تراضوا على المهايأة للسكنى سنة فسنة فلا بأس لأن المهايأة قسمة المنافع وملك المنافع لهم على الإطلاق. وقوله: سنة فسنة ربما يوهم ذلك تقديراً بالسنة وليس كذلك إليهم في السكنى، فإن شاءوا زادوا وإن شاءوا نقصوا. وتلطف المزني فنص على المدة الطويلة في المهايأة تنبيهاً على جوازها في المدة القصيرة، إذ لو نص على المدة القصيرة لم يحصل التنبيه على المدة الطويلة. وإن كانت أرضاً تزرع فالمهايأة على مدة لإمكان الزراعة والحصاد لتتوفر الفائدة و [٤٥/أ] أما غلة الأوقاف من ثمارها وأجرتها تجوز قسمتها بلا إشكال.

مسألة: قال: وَالَّذِيْ يُشْبِهُ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لاَ تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي العُرُوْضِ.

الفصل

وهذا كما قال: هذا نص قول الشافعي رحمة الله عليه في البويطي ولكن ذكره المزني من عنده، وجملته أن العَرَض بفتح الراء كل ما يتمول من النقود وغير النقود. والعَرْض بسكون الراء كل ما يتمول إلا النقود وبفتح الراء أعم.

وجملته أن الأموال في الشركة على ثلاثة أضرب نقود، وعرض لا مثل له وعرض له مثل، فأما النقود فالشركة فيها جائزة إذا كان المالان على صفة لا يعرف مال أحدهما عند الخلط عن الآخر.

فأما العرض الذي لا مثل له كالثياب والعقار والحيوان فلا تصح فيها الشركة، فإذا كان لكل واحدٍ منهما عبد أو ثوب ونحو ذلك فالشركة فيها لا تصح بعقد الشركة فإن قالا: اشتركنا في هذين العبدين أو الثوبين لم تنعقد الشركة، وبه قال جماعة العلماء. وقال ابن أبي ليلى: تصح الشركة في العروض كلها، وحكي عن مالك أنه قال: تصح الشركة في العروض كلها إلا فيما فيه الربا من الحنطة والشعير.

وحكي عنه أنه قال: تصح ويكون رأس المال قيمتها واحتج بأن مقصود الشركة أن يملك أحدهما نصف مال الآخر وتكون أيديهما عليه وهذا موجود في العروض فتصح الشركة فيها وهذا غلط لأن هذه الشركة لا تخلو إما أن تكون واقعة على أعيانها، أو على أثمانها، أو على قيمتها فلا يجوز الأول لأن الشركة توجب أن لا يتميز مال أحدهما عن الآخر وأن يرجع عند المفاصلة إلى رأس المال ولا مثل لها فيرجع إليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو تنقص قيمته فيؤدي ذلك إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، وإن ما يتلف من مال الشركة يختص به أحدهما وهو مالك العين ولا يجوز أن تكون واقعة على أثمانها لأن ذلك يكون مضاربة معلقة بشرط وهو بيع الأعيان، ويكون أيضاً عقد الشركة على ما لا يملكان حال العقد ويكون أيضاً عقد الشركة على مجهول، ولا يجوز أن تكون واقعة على قيمتها لمثل هذا المعنى فدل أنها باطلة فيها وهذا جواب [٤٥/ب] عما ذكره من الدليل.

فإذا تقرر هذا فإن أحبا أن يكونا شريكين فيها بغير عقد الشركة صح من وجوه أحدها ما قاله المزني: يشتري نصف عبد صاحبه بنصف عبد نفسه، فإذا تبايعا صار العبدان بينهما ويجب أن يتعاقدا البيع من غير شرط تصرف كل واحد فيه فإن ذلك يفسد البيع، ثم إذا تعاقدا البيع من غير شرط إذن كل واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف في العرضين جميعاً ويكون تصرف كل واحدٍ منهما بحسب إذن صاحبه على ما بيناه. وهذا إذا اتفقت القيمتان،

فإن اختلفت القيمتان فكانت قيمة أحدهما ألفاً وقيمة الآخر ألفين، فالوجه أن يشتري ثلثي العبد الذي قيمته ألف بثلث عبده الذي قيمته ألفان فيكون العبدان شركة بينهما لأحدهما ثلث العبدين، وللآخر ثلثا العبدين وقول المزني: ويتقابضا لم يرد به أن القبض شرط في صحة البيع، وإنما ذكره لأنه شرط في الشركة فإن كل واحد من الشريكين يتصرف في جميع مال الشركة ولا يصح ذلك قبل القبض منه أو من وكيله. ثم لو باعا عرضيهما بعد التقابض فربحا فالربح بينهما على قدر المالين.

ولو حبسا ماليهما فارتفعت السوق فهما في ارتفاع السوق سواء ويحتمل أن يكون مراد المزني بالحبس التحبيس وهو الوقف والله أعلم. ولو عارضا ذلك بعرض آخر فهما في ملك العرض الثاني سواء لأنهما كانا في العرض سواء.

ثم اختلف أصحابنا في أنهما هل يفتقران إلى العلم بقيمة العرضين؟ على وجهين:

أحدهما: يفتقران إليه ليعلما ما يحصل لهما من فضل أو يرجع عليهما من عجز.

والثاني: لا يفتقران إليه لا ليعلما ما يحصل لهما من فضل أو يرجع لأنهما لما تساويا في ربحه ونقصه لم يكن بهما حاجة إلى تمييز الربح من الأصل، فإن قيل: لم قيد المزني أصل المسألة بالنصف وما معنى التقدير به، ولو تبايعا ثلثاً بثلثين أو ثلثاً بثلث جاز قلنا: لا بد للمصنف من عبارة الإفهام فإن شاء قال: نصفاً بنصف، وإن شاء قال: بعضاً ببعض ولو قال: بعضاً ببعض كان أولى وأعم ولكنه لعله أراد أن يفرع عليه قوله لا فضل لأحدهما على الآخر في الربح فصور المسألة في المناصفة ليستقيم [٤٦/أ] التفريع.

فإن قال قائل: ما معنى قول المزني: ولا تجوز الشركة في العروض ولا فيما يرجع في حال المفاصلة إلى القيمة العروض؟. قلنا: ليس كذلك وله بالعروض مقصود وهو ما سوى النقود وبقوله: ما يرجع في حال المفاصلة إلى القيمة مقصود آخر وهو النقود المختلفة وذلك أن بضاعة أحد الشريكين لو كانت دنانير هروية وبضاعة الآخر دنانير نيسابورية لم تجز الشركة بينهما لأنهما وإن خلطتا كانتا ممتازتين، وكذلك إذا كانت إحداهما مكسرة والأخرى صحيحة أو إحداهما عتيقة والأخرى حديثة فيحتاج إلى التقويم عند المفاصلة لإيصال كل واحدٍ منهما إلى حقه. وعند أبي حنيفة يجوز، وإن اختلفا في الجنس والنوع والصفة.

وقال أيضاً: يجوز وإن كان لأحدهما دنانير وللآخر دراهم لأنهما يجريان مجرى الجنس الواحد. وقيل: في لفظ المزني خلل لأنه قال في أول الكتاب: الشركة من وجوه الغنيمة ونظائرها، ثم قال: والذي يشبه قول الشافعي أنه لا تجوز الشركة في العروض، ومعلوم أن الغنائم والمواريث قد تكون عروضاً، ومراد المزني بما ذكر في أول الباب بيان

شيوع الأملاك ومراده في هذا الموضع شركة التصرف وكان ينبغي أن يهذب الألفاظ فيقول بعدما ذكر وجوه الشركة: لا تصح شركة التصرف في العروض ليستقيم ذلك.

والوجه الثاني ذكره البصريون أن يشتري نصف عبد صاحبه بمائة ويبيع من صاحبه نصف عبده بمائة ويتقاصان الثمن أو يتباريانه فيبقى العبدان شركة بينهما وهذا قريب مما قاله المزني، وما قاله المزني أخصر.

والوجه الثالث ذكره البغداديون أن يكون لكل واحدٍ منهما عرض فيشتركا في شراء متاع بثمن في ذمتهما ثم يدفع كل واحدٍ منهما عرضه بما عليه من ثمن المتاع، وهذا في الحقيقة لا يكون شركة في العروض بل هو شركة في المتاع بثمن في الذمة وكان العرض عوضاً فيه، وذكر أبو العباس ابن سريج هذا الوجه أن يكون لكل واحدٍ منهما عبداً فيشتريان عبدين بألف فيكون على كل [٤٦/ب] واحدٍ منهما من الثمن خمس مائة فيعطي كل واحدٍ منهما عبده الذي ينفرد به بما عليه من الثمن فيكون العبدان المبيعان بينهما وهذا يصح إذا وقع الشراء مطلقاً ونقد كل واحدٍ منهما ما عليه، فإن كان على شرط لا يصح.

وإن كان لكل واحدٍ منهما عبد فاشتريا بهما ثوباً فقد ذكرنا في صحة البيع قولين:

أحدهما: لا يجوز لأنه تتفاوت قيمة العبدين ولو بأدنى شيء فلا يدري كل واحدٍ منهما كم حصته من الثوب وقت الشراء.

والثاني: يجوز ثم يوزع الثوب على قيمة العبدين، ثم يصيران شريكين في الثوب شركة صحيحة، وقد قال ابن سريج: القولان فيه كالقولين في الصداق إذا تزوج أربع نسوة على صداق واحد. وقال أبو إسحاق: هذا باطل قولاً واحداً، والفرق أن الصداق تبع لعقد النكاح الذي لم يكن للإجماع تأثير في فساده فكان الصداق بمثابته وها هنا الثمن المقصود والجهالة فيه تمنع صحته فافترقا.

وأما العروض التي لها مثل كالحبوب والأدهان والتمور اختلف أصحابنا فيه، قال ابن سريج وأبو إسحاق: يجوز فيها الشركة كالأثمان لأن الحنطة إذا اختلطت بالحنطة تعذر التمييز ويؤمن فيه المعاني التي ذكرناها فيما لا مثل له لأنه متى تغيرت قيمة أحدهما تغيرت قيمة الآخر ويفارق المضاربة لأنه ربما يزيد قيمة جنس رأس المال فينفرد رب المال بجميع الربح وذلك لا يجوز، وهذا أصح وهو ظاهر كلام المزني لأنه قال: ولا فيما يرجع في حال المفاصلة فيه إلى القيمة فدل أنها تصح فيما يرجع فيه إلى المثل. ومن أصحابنا من قال: لا تجوز فيها الشركة وهو ظاهر المذهب لأنه قال في «البويطي»: ولا تجوز الشركة إلا

في الدراهم والدنانير، وهذا لأنها ليست بنقد فلا يجوز فيها عقد الشركة كما لا تجوز المضاربة وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.

فرع

قال أبو حامد في «الجامع»: تصح الشركة في كل شيء يتقارب أجزاؤه ويختلط ولا يتميز إذا كانت قيمة ما يختلط به سواء، وهذا لأن قيمة أحدهما إذا كانت أكثر فخلطاهما نقصت قيمته بالخلط، ولا يجوز أن يشتركا فيما يلحقهما ضرراً بالشركة فإن كانت حنطتان قيمة إحداهما أكثر من قيمة الأخرى [٤٧/أ] فخلطاهما لم يكونا شريكين شركة التجارة حتى يبيعا، فإذا باعا كان الثمن مشتركاً بينهما فإذا أذن كل واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف في نصيب نفسه صارا شريكين.

فرع آخر

لا تجوز الشركة في الفلوس والمزيفة والستوقة والزرنيخة والدراهم المغشوشة، لأن الفضة فيها مجهولة ويجب أن يكون مال الشركة معلوماً.

فرع آخر

متى صححنا الشركة بينهما فلكل واحدٍ منهما أن يتصرف في قدر ملكه بما شاء من التصرف، وفي النصف الذي لشريكه لا يتصرف إلا بالإذن صريحاً على ما ذكرنا. وقال في «الإفصاح»: إذا قالا: نتشارك في هذين المالين وفعلا ذلك وخلطا يجوز لكل واحدٍ منهما أن يتصرف في نصيب شريكه من غير تجديد الإذن لأن قولهما: نتشارك يحمل على الشركة الصحيحة وهي إطلاق التصرف لكل واحدٍ منهما في جميع المال.

قال: ولأن فائدة عقد الشركة هذا وإلا فالاشتراك حاصل باختلاط المال قبل العقد وهذا هو العرف في موضوع اللفظ، وبه قال أبو حنيفة وهو اختيار ابن سريج والمذهب المنصوص ما ذكرنا لأن حدوث الشركة في المال لا يوجب التصرف في جميعه كما لو ورثا مالاً.

فرع آخر

إذا أذن أحدهما لصاحبه في التصرف نُظِر، فإن كان إذناً مطلقاً بأن قال: تصرف بما شئت من أنواع التصرف تَصَرْفَ فيما شاء. وإن قيد فقال: لا تَتّجِر إلا في النوع الفلاني اختص بذلك النوع، وسواء كان ذلك مما يعم وجوده أو لا يعم ويفارق القراض حيث قلنا:

لا يجوز إلا فيما يعم وجوده لأن القصد منه حصول الربح والفضل، فإذا كان مما لا يعم وجوده لا يحصل المقصود، والقصد من الشركة الإذن في التصرف فيجري مجرى الوكالة وهذا يحصل فيما لا يعم وجوده.

فرع آخر

لو أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر فالذي لم يؤذن له يتصرف في ملك نفسه فحسب والمأذون يتصرف في الكل على ما ذكرنا.

فرع آخر

لا يجوز لواحد منهما أن يسافر بالمتاع إذا كان الإذن مطلقاً في التصرف، فإن أذن له في السفر جاز له أن يسافر به في الأسفار المأمونة في الغالب.

مسألة: قال: وَشَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ [٤٧/ب] عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ لاَ تَجُوزُ.

الفصل

وهذا كما قال: شركة التجارة على أربعة أضرب: أحدها شركة العنان، **والثاني**: شركة المفاوضة، **والثالث**: شركة الأبدان، **والرابع**: شركة الوجوه:

فأما شركة العنان فحكمها باقي.

وأما شركة المفاوضة فاشتقاقها من التفويض بغير التوكيل فهي باطلة، وبه قال جماعة العلماء. وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي: هي صحيحة. وحكى أصحاب مالك عنه أنها جائزة في الجملة.

وصورتها عند أبي حنيفة أن يكونا حرين مسلمين ويخرج كل واحدٍ منهما نصيب جميع ما يملكه من ورق وعين ويكونا في الربح متساويين ويكون مالهما سواء ويقولان: تفاوضنا شركة المفاوضة أو تشاركنا شركة المفاوضة ثم موجبها أن كل ما لزم أحدهما من ضمان أو إتلاف مال بالغصب كان الآخر شريكاً فيه إلا في الجناية على الأحرار فقط وكل ما استفاده أحدهما من وجوه التجارة كلها كان بينهما. وإن كان من غير التجارات كالصيود والهبات والميراث نظر، فإن لم يكن من جنس الأثمان فهما على الشركة، وإن كان من جنس الأثمان فهما على نفس الشركة ما لم يقبضه فإذا قبضه زالت المفاوضة وصارت شركة عنان. قال: ولا تجوز بين حر ومكاتب، ولا بين مسلم وذمي ولا عند تفاوت ماليهما ولا عند اشتراط تفاضل الربح، ولا يجوز أن ينفرد أحدهما بشيء من النقود خارجاً عن الشركة. قال

الشافعي رحمة الله عليه: لو كانت شركة المفاوضة صحيحة فليس في الدنيا عقد باطل ما القمار إلا هذا أو القمار أقل منه. واحتجوا بقوله ﷺ: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة»[١] وروي أنه قال: «فاوضوا فإن في المفاوضة بركة»[٢] وهذا غلط لأنها شركة لا تصح بين حر ومكاتب، ولا بين مسلم وذمي، ولا عند تفاضل المال فلا يصح أصلاً وفيها غرر من وجوه ويشتمل على عقود باطلة فلا وجه لتجويزها. وأما الخبر غير معروف، وإن ثبت أراد المفاوضة في الحديث والمشاورة والمناظرة في العلوم وفي هذا المعنى قال عليه السلام: «لا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان»[٣]. ولو خالفا واشتركا على ما قال أبو حنيفة رحمه الله [٤٨/أ] كان لكل واحد من الربح بقدر ماله ويرجع كل واحدٍ منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله على ماله.

وأما شركة الأبدان فباطلة وصورتها يشترك صانعان على أن يعملا فما رزق الله تعالى من فضل كان بينهما كالنجارين والحائكين والخياطين ونحو ذلك فكله باطل سواء اتفقت الصنعتان أو اختلفتا. وقال أبو حنيفة: يصح ذلك بكل حال إلا في الاحتطاب والاحتشاش والاغتنام. وقال أحمد: يجوز في جميعها. وقال مالك: يجوز مع اتفاق الصنعتين، ولا يجوز مع الاختلاف لأن الحاجة تدعو إلى ذلك في الصنعة الواحدة ويتقارب الكسبان فيها. وهذا غلط لأنها شركة على غير مال فلا يجوز كما لو اختلف الصنعتان وهذا على مالك. وكما لو كان في الاحتشاش ونحوه وهذا على أبي حنيفة. وأما ما ذكره لا يصح لأنه لا حاجة إلى هذه الشركة ويكفي جواز الاستعانة بالإجارة وإذا كانت الصنعتان متفقتين فلا يختلف كسبهما ويتقارب عند اختلاف الصنعتين فلا اعتبار بما ذكره. واحتج أحمد بما روي «أن سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر رضي الله عنهم اشتركوا فيما يغنمونه فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء فشرك رسول الله ﷺ بينهما»[٤]. وهذا غلط لما ذكرنا ولا حجة في هذا الخبر «لأن غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ وكان له أن يدفعها إلى من يشاء»[٥] فدفعها إليهم لهذا. وقال بعض أصحابنا: للشافعي قول آخر أنه تجوز شركة الأبدان لأن الشافعي قال في كتاب «الإقرار»: ولو أقر أحد الشريكين على صاحبه بمال لم أقبل إقراره سواء كانا شريكين في المال أو العمل.

---

(١) ذكره ابن قدامة في «**المغني**» (١٨/٥).

(٢) لم أجده.

(٣) لم أجده.

(٤) أخرجه أبو داود في «**سننه**» (٣٣٨٨) والنسائي في «**سننه**» (٣٩٣٧).

(٥) ذكره ابن حجر في «**التلخيص الحبير**» (١٠٣/٣).

وقال ابن أبي هريرة: فَرّع الشافعي هذا على قول من أجاز شركة الأبدان دون مذهب نفسه. وأراد اشتركا في المال على أن يعملا جميعاً فيه صناعة واحدة فالمسألة على قول واحد أنها لا تجوز. فإذا تقرر هذا فلو اشتركا وعملا لا يخلو عملهما من أحد أمرين، إما أن يكون عمل كل واحدٍ منهما متميزاً عن عمل صاحبه أو غير متميز، فإن كان متميزاً مثل أن يكون أحدهما خاط قميصاً والآخر قميصاً آخر ونجر أحدهما باباً والآخر [٤٨/ب] باباً آخر أو حاك أحدهما ثوباً والآخر ثوباً آخر فإن لكل واحدٍ منهما أجرة ما عمله لا يشاركه صاحبه فيها، وإن كان غير متميز مثل أن يكونا نجرا باباً واحداً أو نسجا إزاراً واحداً، أو خاطا قميصاً واحداً اقتسما الأجرة على قدر أجور أمثالهما.

وأما شركة الوجوه فهي أن يكون رجلان وجيهان في السوق يشتركان على أن ما يشتري كل واحدٍ منهما ويبيعه بجاهه يكون بينهما نصفين. ومن أصحابنا من قال: تفسيرها أن يكون رجل وجيه في السوق قال لآخر: جادله أنا آخذ المتاع بجاهي وأعطيك حتى تتصرف فيه ويكون ما يحصل من الربح بيننا نصفين، فأحدهما يحصل المتاع، والآخر يتصرف فيه ويكون من أحدهما الشراء ومن الآخر البيع.

وقد ذكرهما صاحب «الإفصاح» على الاختصار فقال: شركة الوجوه أن يقول: مني المال ومنك التصرف، أو يكون ما يكتسب بجاهه فهو بينهما فعندنا لا تجوز هذه الشركة. وحكي عن أبي حنيفة أنه أجازها وقيل: هي أن يكون الرجل ذا جاه فيقول لغيره: اشترِ على جاهي متاعاً والربح بيننا.

وتسمى شركة الجاه أيضاً. وقيل شركة الجاه أن يكون الجاه لأحدهما وشركة الوجوه أن يكون الجاه لهما. وهذا خلاف في العبارة والحكم فيهما سواء وهو البطلان والعلة ما ذكرنا في شركة الأبدان. فإذا تقرر هذا فإن اشتركا هكذا وتصرفا لا يخلو حال مشتري المتاع فإن اشتراه لنفسه فهو مالك له ولا شيء للآخر في ربحه ولا عليه خسرانه. وإن اشتراه كله لصاحبه لا يصح لأنه أذن له في شراء نصفه، ويكون الشراء لازماً له في النصف الزائد على القدر الذي أذن له فيه والنصف المأذون فيه يلزم الآمر على الشروط التي يذكرها، ولا يخرج على قولي تفريق الصفقة لأن الصفقة لم تختلف في الصحة والفساد. وإن اشتراه بينهما فهو في النصف مشتر لنفسه فلزمه وفي النصف الآخر في حكم المشتري لموكله فيصح بثلاثة شرائط أن يكون وصف له النوع الذي يتجر فيه سواء كان نوعاً واحداً أو أنواعاً لأن الإذن في شراء ما لم يوصف باطل. والثاني أن يقدر له المال الذي يشتري به لأن ما لم يقدره لا نهاية له بخلاف [٤٩/ب] شركة المال والقراض فإن المال مقدر فلا

نحتاج إلى تقديرهما بالذكر. والثالث أن ينوي في عقد الشراء أنه له ولصاحبه سواء كان المأذون في ابتياعه معيناً أو لا.

وقال أبو حنيفة: إن كان معيناً مثل إن قال: اشتر لي هذا العبد صح الشراء للموكل بغير نية وهذا غلط قياساً على غير المعين. وأما ما يشتريه المضارب والشريك في المال يحتاج إلى نية أنه في مال المضاربة والشركة. ثم إذا صح الشراء لهما بهذه الشرائط فللمشتري على شريكه نصف أجرة مثله فيما اشترى وباع.

وقال أبو حنيفة: ليس لواحدٍ منهما أجرة عمله لأن العمل في الشركة لا يقابل شيئاً من الربح فلم يكن لوجوده تأثير. وهذا غلط لأن حكم الشركة إذا زال بفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عوض فاسد وذلك موجب لأجرة المثل. وإذا صح الشراء لأحدهما فدفعه إلى صاحبه وتصرف فيه فإن جميع الثمن بما فيه من الربح لصاحبه وله أجرة مثله عليه فيما عمله. واعلم أنه على التفسير الأول كل واحدٍ منهما يشتري، وعلى التفسير الثاني أحدهما يشتري، والحكم على ما ذكرنا فيما يكون مأذوناً وما لا يكون مأذوناً.

مسألة: قال: والشَّرِكَةُ الصَّحِيْحَةُ أَنْ يُخْرِجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَنَانِيْرَ مِثْلَ دَنَانِيْرِ صَاحِبِهِ[1].

الفصل

وهذا كما قال: الكلام الآن في الشركة الرابعة وهي الشركة الصحيحة وتسمى: شركة العَنان، وأجمع العلماء على صحتها.

واختلفوا في معنى تسميتها بالعنان فمنهم من قال: العنان المماثلة والمساواة يعني تساويا فيها كتساوي عناني فرس الرهان عند الابتداء بالسير يقفان معاً لا يسبق عنان أحدهما عنان صاحبه. وقيل: معناها المساواة أيضاً ولكن كتساوي عناني فرس الرهان في السير والكرّ والإجهاد إذا تسابقا تساويا في التمكن من التصرف في العنانين. وقيل: هي مشتقة من عنَّ الشيء إذا عرض فكل واحد من الشريكين عنَّ له أن يشارك صاحبه. أو جعل كل واحد لصاحبه أن يتجر فيما عنَّ له أي عرض. وقيل: معناه أن عنان الدابة يقصرها على تصرف مخصوص كذلك المال في شركة العنان يقصر [٤٩/ب] على التصرف المخصوص فليس لأحدهما أن يتصرف ولا يهب منه بعد أن كان ذلك له قبل الخلطة.

وقال أهل اللغة: العنان من المعانة وهي المعارضة والمعارضة المساواة ومنه قيل:

---

(١) انظر «الحاوي» (٦/ ٤٨١).

تعارض الخبران والقياسان يعني تساويا، والعنان مأخوذ من هذا، وهو أن سيريه يتساويان معاً وعان كل واحدٍ منهما صاحبه وكل واحد من الشريكين عارض صاحبه بمثل ماله وفعاله. والأصل فيها شركة المساواة والمماثلة. وقال أهل العراق: اشتقاق من العناء فإن الفارس إذا ركب كانت إحدى يديه في العنان والأخرى يتصرف فيها كيف شاء، كذلك مالهما الذي في الشركة مقصور على الشركة وما بقي يتصرف فيه كيف شاء وفرق بينها وبين المفاوضة التي لا تصرف لأحدهما في غير شركة المفاوضة لأنه لا يجوز أن يكون لأحدهما مال من جنس الأثمان خارجاً عنه.

وجملته أنها لا تصح إلا بأربع شرائط إحداها أن يكون ما يخرجه كل واحدٍ منهما مثل ما يخرجه الآخر جنساً ونوعاً وصفةً وصفة الجنس أن يكون دراهم أو دنانير أو لا يكون منهما. وصفة النوع أن يكون سكة واحدة راضية أو غزية أو نيسابورية ولا يكون بعض من واحدٍ أو بعض من آخر. والصفة أن تكون صحاحاً أو مكسرة ولا يكون منهما وهذا لأنهما لا يختلطان والخلط شرط عندنا. وقال مالك: لا يشترط الخلط ولكن يشترط أن تكون يدهما على المالين، أو يد وكيلهما وهذا غلط لأنهما إذا كانا متميزين فمال كل واحدٍ منهما يتلف منه دون صاحبه فلا تنعقد الشركة كما لو لم يكن في يدهما. وهل تفتقر هذه الشركة إلى وجود المماثلة في المقدار؟

قال عامة أصحابنا وهو المذهب لا تفتقر إليه ويجوز التفاضل فيه فيكون لأحدهما ألف وللآخر ألفان. وقال أبو القاسم الأنماطي: لا بد فيها من المماثلة في القدر لأن الشافعي رحمه الله قال: والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحدٍ منهما دنانير مثل دنانير صاحبه، ولم يفرق بين الصفة والمقدار وهذا لأنهما يتفاضلان في الربح على استوائهما في العمل فكما لا يجوز التفاضل [٥٠/أ] في الربح مع التساوي في المال، لا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في العمل. وهذا غلط لأن العمل في الشركة تابع للمال والمال هو الأصل فلم يصح اعتبار العمل بالمال. ومراد الشافعي بما ذكر المثل في الجنس والصفة دون القدر.

والشرط الثاني في خلط المالين، فلو اشتركا ولم يخلطا لم يجز على ما ذكرنا. وقيل: يشترط خلط المالين ثم العقد فيقولان: اشتركنا بعدما خلطنا. والثالث أن يأذن كل واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف، ولو خلطا ولم يأذنا في التصرف لا يجوز التصرف وقد ذكرنا. وذكر بعض أصحابنا بخراسان أنه يشترط تعيين النوع الذي يتصرفان فيه خلافاً لأبي حنيفة. وأما قول المزني: فإن اشتريا لا يجوز أن يبيعه أحدهما دون صاحبه أراد أنهما لو خلطا المالين واشتريا شيئاً معاً من رجلٍ لا يجوز لأحدهما أن يبيع ذلك الشيء إلا بإذن صاحبه، وقد صرح المزني بهذا في «الجامع الكبير».

ومن أصحابنا من قال: هذا راجع إلى شركة العروض، ومعناه إذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه لا يجوز لأحدهما أن يبيع دون صاحبه والأول أصح. ثم قال المزني: فإن جعل كل واحدٍ منهما لصاحبه أن يتجر في ذلك كله بما رأى من أنواع التجارات قام في ذلك مقام صاحبه فما ربحا أو خسرا فلهما وعليهما نصفين. فإن قال قائل: كيف قال: قام مقام صاحبه وصاحب الملك يبيع بما عز وهان من الثمن فينبغي أن يجوز له البيع أيضاً بما عز وهان من الثمن؟ قلنا: معنى قوله: قام مقام صاحبه في أصل جواز البيع لا في صلة البيع والمحاباة ولو قال: بعْ بما ترى أو تصرف ما ترى يجب مراعاة النظر فلا يجوز له أن يبيع بالمحاباة ولا بما يتغابن الناس بمثله، ولو قال: بعْ بما شئت له أن يبيع بالمحاباة.

فإن قال قائل: ما الفرق بين قوله: بعْ بما ترى وبين قوله: بع بما شئت وكل واحدٍ منهما تفويض إلى مراده؟ قلنا: الفرق أنه إذا قال: بع بما شئت ظاهره الرضا بمشيئته، وإذا قال: بع بما ترى فقد وكله إلى الرأي والرأي هو الاجتهاد. على أنه إذا قال: بعْ بما شئت والحال تدل على أن مراده بما شئت من نقد أو عرض [٥٠/ب] وليس المراد الغبن والمحاباة ليس له المحاباة، فإن لم تدل قرينة الحال ومقدمة اللفظ على ذلك فظاهر اللفظ أنه خيره من جميع الوجوه. والرابع أن يكون الربح على قدر المالين فإن شرطا التفاضل في الربح مع التساوي في قدر المال أو التساوي في الربح مع التفاضل في قدر المال فالشركة باطلة وبه قال مالك، لأن المال هو الأصل في الشركة والربح في مقابلته والعمل تابع له بدليل أنهما إذا أطلقا عقد الشركة كان الربح على قدر المالين، فإذا شرطا شرطاً يخالف مقتضى عقد الشركة فسد الشرط وتفسد به الشركة ومن أصحابنا من قال: يفسد الشرط وتصح الشركة حكاه القاضي الطبري.

قال أبو حنيفة: يجوز شرط التفاضل والنقصان في الربح بخلاف رأس المال، ولا يجوز شرط التفاضل والنقصان في الخسران.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز الشرط في الربح والخسران. فإذا تقرر هذا هل يكون بطلان شرط التفاضل فيها موجباً لبطلان الشركة على معنى بطلان الإذن في التجارة بالمال المشترك وجهان:

أحدهما: أنه يبطل الإذن لبطلان الشرط فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف، فإن تصرف كان كمن تصرف في مال مشترك عن شركة فاسدة.

والثاني أن اشتراط التفاضل وإن بطل بالشرع لا يوجب ذلك بطلان الإذن فيجوز أن

يتجر كل واحدٍ منهما بجميع المال ويكون الربح مقسوماً بالحصص. وعلى هذا إذا عملا اقتسما الربح على قدر المالين ويثبت لكل واحدٍ منهما على صاحبه نصف أجرة مثله فيما عمله، فإن تصرفه حصل في ملك نفسه وملك غيره فيسقط نصف الأجرة ويرجع على صاحبه بنصف الأجرة، فإن كانتا سواء نقاصّيًا، وإن اختلفتا رجع من له الفضل على صاحبه بالفضل لأنه لم يسلم له الربح المشروط، فإذا لم يسلم المسمى وجب أن يرجع إلى أجرة مثله كما نقول في المضاربة الفاسدة.

فإن قيل: العمل في الشركة لا يقابله العوض وإنما العوض في مقابلة المال في الشركة الصحيحة فكيف خالفتم هذا في هذا الموضع؟ وهذا سؤال أبي حنيفة رحمه الله. لأن عنده لا تجب الأجرة للعامل في الشركة الفاسدة كما في [٥١/أ] الصحيحة.

وقيل: الفاسد يخالف الصحيح، ألا ترى أن المضاربة إذا كانت صحيحة ولم يكن في المال ربح لا يستحق المضارب شيئاً في مقابلة عمله؟ وإن كانت فاسدة استحق أجرة مثله كذلك ها هنا. وإن كان مالهما مختلفين رجع صاحب القليل على صاحب الكثير بأجرة مثله من زيادة العمل. فإن كان مال أحدهما ألف ومال الآخر ألفين كان لصاحب الألف على صاحب الألفين ثلث أجرة مثله هذا إذا كان عملهما سواء، فإن تفاضلا في العمل لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون عمل صاحب الأكثر أقل، أو عمل صاحب الأقل أكثر فإن كان عمل صاحب الألفين أكثر مثل إن كانت أجرة صاحب الألفين مائتين وصاحب الألف مائة سقط من أجرة صاحب الألف ثلثها ثلاثة وثلاثون وثلث وبقي له الثلثان ستة وستون وثلثان لأجل عمله على مال صاحبه وسقط من عمل صاحب الألفين ثلثا أجرته مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وبقي له الثلث لأجل عمله على مال صاحبه ستة وستون وثلثان وهو القدر الذي بقي لصاحب الألف فيتقاصان ولا فضل بينهما. وإن كان عمل صاحب الألف أكثر وصاحب الألفين أقل فكانت أجرة صاحب الألف مائتين وصاحب الألفين مائة فيسقط من أجرة صاحب الألف ستة وستون وثلثان، ويبقى له لأجل عمله على مال شريكه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويسقط من أجرة صاحب الألفين ثلثاها لأجل عمله على مال نفسه ويبقى ثلثها لأجل عمله على مال صاحبه فيتقاصان فيما تساويا فيه وهو ثلاثة وثلاثون وثلث بمثلها ويفضل لصاحب الألف على صاحبه مائة.

ولو كان مال أحدهما ألفاً ومال الآخر ألفين وشرطا أن يكون الربح نصفين بشرط أن يعمل أحدهما، فإن كان بشرط أن يعمل صاحب الأكثر كانت باطلة. وإن كانت بشرط أن يعمل صاحب الأقل وحده كان قراضاً على مال مشاع وقد جعل له صاحب الألفين قسطاً من

الربح في مقابلة ماله وتمام النصف بقدر عمله على مال شريكه. فإن قيل: القراض في المشاع لا يجوز [٥١/ب] فكيف جوزتم ها هنا؟

قلنا: إنما لا يجوز إذا كان مشاعاً من غير العامل، فأما إذا كانت إشاعته مع العامل يجوز لأن هذه الإشاعة لا تمنعه من التصرف. وإن كانا في المال سواء مثل إن كان لكل واحد منهما ألف وشرط أن يعمل أحدهما وله نصف الربح لم يكن شركة فإنهما شرطا العمل على أحدهما وحده ولا قراضاً لأنهما ما شرطا في مقابلة عمل العامل شيئاً من الربح فيكون بضاعة دفعها إليه بغير عوض فلا يستحق شيئاً من الأجرة، وقيل: الشركة من طريق العقد شبه شركة العنان وشركة العروض. وشركة المفاوضة، وشركة المفاضلة وشركة الجاه، ويقال الوجه. وشركة الأبدان وقد ذكرنا حكم الكل.

فروع

من كتاب البويطي ذكرها أبو العباس ابن سريج رحمه الله وشرحها.

أحدها: إذا اشترك أربعة: من واحد الأرض، ومن آخر البذر ومن آخر العمل، على أن يزرع العامل وما يحصل من الغلة يكون بينهم أرباعاً فهذه معاملة فاسدة لأنها ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة فإن الشركة تفتقر إلى اختلاط المالين وهذه الأموال لا تختلط، والقراض مبنيّ على أن يأخذ العامل المال ويعمل ببدنه فإذا تفاضلا رجع رب المال بمثل رأس المال واقتسما الربح وهذا لا يمكن ها هنا والإجارة تفتقر إلى أجرة معلومة ومدة معلومة وذلك معدوم فثبت أنها معاملة فاسدة، فإذا ثبت فسادها فالزرع يكون لصاحب البذر لأنه عين ماله ولا أجرة له إن كان عمل شيئاً لأنه عمل على ماله ويرجع كل واحد من الثلاثة عليه بأجرة مثل ماله فيكون لصاحب الأرض أجرة مثل أرضه، ولصاحب الفدان أجرة مثل بقرة وللأكّار أجرة مثل عمله.

والثاني: إذا اشترك أربعة من واحدٍ بيت الرحى ومن الآخر الحجر ومن الآخر البغْل ومن الآخر العمل على أن ما رزقه الله تعالى من فضل كان بينهم فهذه أيضاً معاملة فاسدة، فإن أصابوا شيئاً جعل لكل واحد منهم أجر مثله وقسم ما حصل من المسمى بينهم على قدر [٥٢/أ] عملهم. قال أبو العباس رحمه الله: فإن استأجرها رجل فالإجارة على قسمين إحداها: أن يستأجرها بعينها فقال: استأجرت هذا البيت، وحجر هذا، وبغل هذا وعمل هذا، جميعاً ليطحنوا أكراراً معلومة بأجرة معلومة فهل تصح الإجارة؟ على قولين كما لو تزوج أربع نسوة معاً بألفٍ هل يصح الصداق؟ قولان:

أحدهما يصح لأن جملة الأجرة معلومة فلا يضر جهالة أبعاضها.

والثاني لا تصح لأن عقد الواحد مع الأربعة في حكم أربعة عقود وما يحصل لكل واحد من الأجرة مجهول، فإذا قلنا: الإجارة باطلة سقط المسمى وكان لكل واحد منهم أجر مثله. وإذا قلنا: إنها صحيحة استقر لهم الأجرة المسماة ويكون لكل واحد منهم بحصة أجرة مثله من المسمى على ما ذكرنا، وعلى هذا خرّج جواب الشافعي، والقسم الثاني أن يستأجرهم في ذمتهم فيقول: استأجرتكم لتطحنوا لي كذا وكذا بكذا فتصح الإجارة قولاً واحداً لأن الإجارة معقودة على ما في الذمة فيقول وهي معلومة وما يخص كل واحد منهم معلوم وهو ربع الأجرة، وإذا ثبت أن الإجارة صحيحة فعملوا كان ما عملوه شركةً بينهم فيجب لكل واحد منهم ربع الأجرة. وإن طحنوه في هذا الدكان فقد طحنوه في معاملة فاسدة فيتراجعون بينهم بأجر المثل. وإن عقد العقد مع واحد منهم فاستأجره ليطحن له كذا بمائة فإن نوى في حال العقد أنه يعقد العقد عن نفسه وعن شركائه أو نطق بذلك كان كما لو عقد مع الأربعة وحكمه على ما ذكرنا. وإن أطلق ولم ينو شيئاً ولا نطق به لزمه العقد في نفسه فإن طحن هو وشركاؤه كان له جميع المسمى ولكل واحد منهم عليه أجرة مثله.

والثالث: لو اشترك ثلاثة من واحدٍ البغل ومن آخر الراوية ومن الثالث العمل على أن يستقوا الماء وما يرزق الله تعالى من فضلٍ يكون بينهم فهذه معاملة فاسدة لما ذكرنا. فإذا استقى العامل الماء قال الشافعي في موضعٍ: الماء له وحده وقال في موضع: الماء لهم بالسوية، واختلف أصحابنا فيه على طريقين أحدهما أنه على اختلاف [٥٢/ب] حالين فالموضع الذي قال: الماء له وحده أراد إذا كان العامل قد جمع الماء لنفسه في بركةٍ أو مصنعٍ ثم أخذ منه وباعه والذي قال: الماء لهم أراد إذا استقى الماء من مباح كدجلة والفرات وهذا إذا استقى لجماعتهم، فإن نوى أن يكون الماء له وحده يكون له وثمنه له وعليه لصاحب البغل والراوية أجر مثل ذلك. ومنهم من قال: إن كان الماء مجموعاً فلا شك أن ثمنه له، وإن كان في موضعٍ مباح فقولان:

أحدهما: له وحده لأنه مباح يملك بالتناول فإذا تناوله ملكه وكان ثمنه له.

والثاني: يكون بينهم لأنه وإن كان مباحاً فإنما تناوله على أنه بينهم فكان على ما تناوله كما لو وكلوه في ذلك. فإذا قلنا: الماء بينهم فلكل واحدٍ منهم على صاحبه أجر مثل ما كان من جنبته فإن فضَل فضْل اقتسموا ذلك على هذه الحصص، وإن نقص عن الأجرة كان على حسابها. قال أبو العباس رحمه الله: ويجيء في هذه المسألة ما ذكرناه من القسمين في المسألة الثانية على تفصيلها.

مسألة: قال: وَمَتَى فَسَخَ أَحَدُهُمَا الشَّرِكَةَ انْفَسَخَتْ.

وهذا كما قال: الشركة إذا صحت وأذن كل واحد من الشريكين لشريكه في التصرف ثم أراد أحدهما الفسخ أو هما فإن ذلك جائز وينفسخ العقد لأن كل واحد منهما وكيل لصاحبه وموكل له والوكالة من العقود الجائزة فكذلك ما يجري مجراها فإذا ثبت هذا فيه ثلاث مسائل.

أحدها: إذا قال أحدهما لشريكه: عزلتك انعزل عن التصرف في جميع المال وبقي تصرفه منه في قدر نصيبه والعازل على ما كان له التصرف في جميعه في النصف منه بحق ملكه وفي الباقي بأنه على الإذن.

والثانية: أن يعزل كل واحدٍ منهما صاحبه فإذا عزل وقع العزل فالمال على الشركة ولكل واحدٍ منهما التصرف في نصيب نفسه.

والثالثة أن يقول **أحدهما**: فسخت الشركة فقد عزل شريكه وعزل نفسه عن التصرف في مال شريكه لأن فسخ الشركة معناه زوال إذن كل واحدٍ منهما عن التصرف لصاحبه فإن أراد استئناف الشركة أذن كل واحدٍ منهما لصاحبه بالتصرف فيه. ولو اشترى شيئاً بعد الفسخ على نية [٥٣/أ] الشركة لا ينصرف إلى الشركة ولكنه للمشتري إن اشتراه في الذمة، وإن كان بعين مال الشركة دخل في حكم تفريق الصفقة.

وقال القاضي الطبري: إذا قال: فسخت الشركة نُظر فإن أراد في جنبة صاحبه له أن يتصرف في جميع المال، وإن أراد في جنبتهما جميعاً لم يَجُز لواحدٍ منهما التصرف في حق صاحبه والمشهور ما ذكرنا أولاً. وقول المزني: انفسخت الشركة أراد بفسخ الشركة المنع من التصرف لأن المال مشترك بينهما فلا ينقسم بقول **أحدهما**: فسخت. وقوله: لم يكن لصاحبه أن يبيع ويشتري حتى يقتسما غلط لأنه إن كان مراده لم يكن لصاحبه أن يبيع حصة نفسه له أن يبيع حصة نفسه شائعة قبل القسمة، وإن أراد حصة غيره ليس له بيعها بعد الفسخ لا قبل القسمة ولا بعدها. وأيضاً لا معنى لقوله: لم يكن لصاحبه بل كان ينبغي أن يقول: لم يكن لواحدٍ منهما أن يبيع حصة صاحبه ولا أن يشتري له لما ذكر أنه عزل نفسه وعزل صاحبه. وهذا الكلام دليل على أن لفظ معاقدة الشركة يوجب الإذن في التصرف، وقد ذكرنا فيه وجهين لأنه جعل الفسخ نهياً عن التصرف. فإن قيل: أليس رب المال إذا منع المضارب من التصرف لم يمنع من بيع المتاع الذي في يده؟ فما الفرق بين المسألتين؟ قلنا: الفرق أن المضارب لا حق له في عين المال وإنما حقه في الربح وإنما يُعلم الربح بعد البيع وسلامة رأس المال لديه فجوزنا له البيع ليُعلم ما يستحقه من الربح، وليس كذلك الشريكان فإن المال بينهما نصفان فيكون المباع بينهما فلا حاجة لواحدٍ منهما إلى بيعه فلذلك منعناه منه ووزان البيع في الشركة الشراء لأنه لا حاجة به إلى الشراء.

مسألة: قال: وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهَمَا انْفَسَخَتْ الشَّرِكَةِ.

وهذا كما قال: إذا مات أحد الشريكين لم يكن للآخر أن يتصرف في حصة الميت لأن إذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف عقد جائز بدليل أن لكل واحد منهما أن يرجع عنه في حال الحياة فوجب أن يبطل بالموت كالوكالة. ومراد المزني أيضاً من قوله: انفسخت الشركة أنه [٥٣/ب] لا يجوز له أن يتصرف في حصة الميت. فإذا تقرر هذا فلا يخلو الميت إما أن يكون عليه دين، أو أوصى بإخراج الثلث من ماله أو لا دين عليه ولا وصية، فإن لم يكن دين ولا وصية لا يخلو وارثه من أحد أمرين إما أن يكون بالغاً عاقلاً أو يكون طفلاً أو مجنوناً، فإن كان بالغاً عاقلاً فهو بالخيار إن شاء قاسم الشريك، وإن شاء حدد كل واحدٍ منهما لصاحبه الإذن في التصرف فيكونا شريكين، ولا فرق بين أن يكون الحظ في القسمة أو في تجديد العقد يفعل ما شاء.

قال أبو إسحاق: وينبغي للوارث أن لا يأذن له في التصرف حتى .... جميع ذلك فيعلم مبلغ ما خلفه الميت ثم يتصرفان بعد ذلك فإنه لا يؤمن أن يظهر على الميت دين وهذا احتياط وليس بواجب، فإن قيل هما جهلا قدر المال المعقود عليه فكيف تصح الشركة بتجديد الإذن ها هنا؟ قيل: لا يلزم معرفة الوزن بدليل أنهما لو اشتركا ووضع أحدهما دراهم في كفةٍ، ووضع الآخر بإزائها في كفةٍ ولم يعلما وزنها يصح كذلك في حق الوارث ويلزم العلم بقدر نصيب كل واحدٍ من جملة المال من نصفٍ أو ثلثٍ أو ربع. فإن قيل: ليس في كلام المزني اشتراط يجد يداً لإذن لأنه قال: فأحب أن يقيم على شركته كأبيه فجائز. قلنا: في كلامه ما ذكرنا إذا تأملته وذلك أنه قال في ابتداء الفصل: إذا مات أحدهما انفسخت الشركة والشركة إذا انفسخت لا بد من استئنافها وتجديد الإذن فيها. وإن كان الوارث طفلاً أو مجنوناً فإن الوصي أو الحاكم إذا لم يكن هناك وصي ينظر للطفل أو المجنون، فإن رأى الحظ في الشركة جدد الإذن له في التصرف، وإن رأى الحظ في القسمة قاسمه فإن قاسمه وكان حظ الطفل أو المجنون في الشركة كانت القسمة باطلة مردودة لأنه ليس بمالكٍ وإنما هو قيّمٌ للغير فلا يجوز له أن يأتي فيه إلا ما يكون الحظ فيه. وإن كان عليه دين فلا يجوز التصرف فيه حتى يقضي الدين لأنه تعلق به الدين كالمرهون، فإذا قضي الدين جاز المقام على الشركة على ما بيناه. وإن كان أوصى بإخراج الثلث فإن كان الموصى له غير معين فلا يجوز حتى يخرج الثلث فإذا أخرج الثلث [٥٤/أ] فالمقام على الشركة فيما بقي على ما بيناه ويصير المالان متفاضلين. وهل تجوز الشركة في المالين المتفاضلين؟ قد ذكرنا. وإن كان الموصى له معيّناً ملك ثلث حصة الميت فإن أحب أحد الشريكين أن يقيم على الشركة فعل، وإن أحب المقاسمة فعل.

فرع

لو جن أحد الشريكين أو حجر عليه لسفهٍ بطلت الشركة وفعل وليه ما هو الأحظى له من القسمة أو المقام على الشركة. وأما الإغماء فإن كان يسيراً لم يسقط معه فرض عبادةٍ لا يبطل الشركة لأنه مرض قد يطرأ كثيراً، وإن كثر حتى أسقط فرض صلاة واحدة بمرور وقتها بطلت الشركة.

مسألة: قال: وَلَوِ اشْتَرَيَا عَبْدَاً وَقَبَضَاهُ وَأَصَابَا بِهِ عَيْبَاً فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الإِمْسَاكَ وَالآخَرُ الرَدَّ[١].

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة ذكرناها في كتاب البيع ولا يختص هذا بالشركة. ولو تولى أحد الشريكين شراء العبد دون الأحر ولم يذكر عند الشراء أنه يشتريه لنفسه، ولشريكه لم يكن له أن ينفرد بالرد لأن ظاهر الحال أن العقد تعلق به وحده فلا يقبل قوله إني اشتريته للغير. وإن ذكر عند الشراء أنه يشتريه لنفسه ولشريكه هل له أن ينفرد برد نصيبه فيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لأنه أوجب إيجاباً واحداً فلا يُبعّض عليه وهذا اختيار أبي إسحاق قال: ويفارق هذا إذا باشر الشراء لأنه لو أنكر المذكور أنه أمره بالشراء كانت الصفقة كلها لازمة لمتولي الشراء فالصفقة واحدة لأنها لو كانت صفقتين لتفرقت إذا أنكر الآخر والثاني وهو الأصح وهو اختيار ابن أبي هريرة له ذلك لأن ذكر ذلك كأنهما باشرا ذلك وأوجب لهما، وقال القاضي الطبري: لم أذكر الوجه الأول في كتاب البيع لضعفه. ثم إذا رد أحدهما انفسخت الشركة بينهما لأن المالين قد تميزا فصارت حصة أحدهما مالاً في ذمة البائع إن كان قد تصرف فيما قبضه أو عيناً في يده إن كان باقياً وحصة الآخر سلعة، وإذا تميز مال كل واحد منهما بطلت الشركة.

فرع

لو أن أحد الشريكين باع عبداً، ثم ادعى البائع أنه له ولشريكه [٥٤/ب] وباعه من غير إذنه لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون العقد مطلقاً أو مقيداً فإن كان مطلقاً لم يقبل قول البائع على المشتري لأن ظاهر العقد الصحة وأنه يتعلق به وحده. فإن أقام الشريك الذي لم يبع البينة على أن هذا العبد بينهما حكمنا بذلك وبطل البيع في نصيبه. فإن ادعى المشتري

---

(١) انظر «الحاوي» (٦/ ٤٨٥).

أن البيع كان بإذنه فالقول قوله أنه لم يأذن. وإن كان العقد مقيداً بأن قال: بعتك هذا العبد وهو لي ولشريكي نُظِر فإن صدقه شريكه في ذلك وأنه باعه بإذنه صح العقد. وإن أنكر فالقول قوله فإذا حلف بطل البيع في نصيب شريكه وهل يبطل في نصيب نفسه؟ قولان بناءً على تفريق الصفقة.

فرع آخر

لو كان لرجلين عبداً فوكل أحدهما صاحبه ببيعه فباعه ثم وجد المشتري عيباً فأراد رد نصفه، فإن كان الوكيل ذكر أنه شركة له ذلك، وإن لم يكن ذكر ذلك فيه وجهان **أحدهما**: ليس له لأن متولي العقد واحدٌ فلا تفرق الصفقة، **والثاني**: له ذلك لأن افتراق الملك من جهة البائع يوجب تفريق الصفقة ألا ترى أنه لو أنكر الإذن تفرقت الصفقة وصح العقد في حصة المتولي للعقد دون المدعي عليه الإذن.

مسألة: قال: وَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى أحد الشريكين شيئاً بما لا يتغابن الناس بمثله فإن اشتراه في الذمة فالشراء له ويلزمه الثمن في خالص ماله. فإن دفع الثمن من مال الشركة فقد صار ضامناً له. وإن كان اشتراه بعين مال الشركة فالشراء باطل في نصيب شريكه قولاً واحداً، وفي نصيبه قولان بناءً على تفريق الصفقة. ولو أجاز شريكه هذا الشراء لا يجوز خلافاً لأبي حنيفة. فإذا قلنا: يصح في نصيبه فقد انقسم المالان لأن الذي له فقد ملكه البائع والذي لشريكه فهو على ملكه وإذا تميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر انفسخت الشركة. وهكذا إذا باع أحدهما من مال الشركة شيئاً بما لا يتغابن الناس بمثله وقال في حال البيع أنه من مال الشركة أو قامت به البينة فالبيع في نصيب [٥٥/أ] شريكه باطل قولاً واحداً. وهل يبطل في نصيب نفسه؟ على القولين.

وعند أبي حنيفة يجوز له أن يبيع بغبن فاحش إذا أطلق الإذن. ثم لا يصير ضامناً لنصيب شريكه بمجرد البيع إلا بتسليمه إلى المشتري لأنه يصير مفرطاً بتسليمه.

قال أبو حامد: هكذا ذكر أبو إسحاق وعلل بأن هذا موضع اجتهادٍ لوجود الاختلاف فيه قال أبو إسحاق: ويفارق هذا إذا باع المودع الوديعة من غير إذن صاحبها صار ضامناً لها بمجرد البيع من دون التسليم لأنه لا يجوز له البيع بالإجماع. ولأنه غير مأذونٍ له في بيعها أصلاً، فإذا باعها دل على أنه جاحد لصاحبها ومدعي إياها لنفسه فسقطت أمانته بمجرد

البيع. قال أبو حامد: وعندي أنه يضمن بمجرد البيع، ها هنا أيضاً كما في الوديعة سواء لأنه متعدٍّ بالبيع ولا فرق بين أن يكون مختلفاً فيه أو غير مختلف فيه، ألا ترى أنه لو سلم ضمن وإن كان التسليم مختلفاً فيه أيضاً.

مسألة: قال: وَأَيُّهُمَا ادَّعَى فِي يَدَيْ صَاحِبِهِ مِنْ شَرِكَتِهِمَا شَيْئاً فَهُوَ مُدَّعٍ وَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ.

وهذا كما قال: إذا ادعى أحد الشريكين مالاً في يد الآخر وقال: إنه من جملة مال الشركة وقال الذي في يده: إنه من خاص مالي فالقول قوله مع يمينه لثبوت يده على جميعه وعلى المدعي البينة. ولو اشترى سلعةً فيها ربح فقال: اشتريتها بخاص مالي وقال شريكه: بل اشتريتها من مال الشركة أو كان فيه خسران فقال: اشتريته من مال الشركة وقال شريكه: بل اشتريته من خالص مالك فالقول قول الذي اشتراه مع يمينه في المسألتين جميعاً لأن الاعتبار بنيته في حال الشراء فكان المرجع إليه فيها. ولأنه أمينٌ في تصرفه فكان القول قوله مع يمينه.

مسألة: قال: وَأَيُّهُمَا ادَّعَى خِيَانَةَ صَاحِبِهِ فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ.

وهذا كما قال: إذا ادعى أحدهما على الآخر أنه خانه ببعض مال الشركة فكتمه ولم يظهره بمقدار معلومٍ ووصفٍ معلوم بحيث يمكن الحاكم الحكم به فإن دعواه تسمع ويكون القول قول المدعى عليه أنه ما خانه فيما يدعيه لأن الأصل أنه لم يخنه. ولو لم يبين قدر الخيانة [٥٥/ب] لا تسمع الدعوى.

مسألة: قال: وَأَيُّهُمَا زَعَمَ أَنَّ المَالَ قَدْ تَلِفَ فَهُوَ أَمِيْنٌ وَعَلَيْهِ اليَمِيْنُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى أحد الشريكين تلف مال الشركة أو شيئاً منه فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين كالمودع.

فرع

لو ذكر أنه تلف من مال الشركة في يده يوم كذا في شهر كذا وحلف عليه، ثم شهد شاهدان أنهما رأيا ذلك المال بعينه في يده بعد اليوم الذي ادعى تلفه فيه وجهان **أحدهما**: بطلت يمينه لأن البينة العادلة أولى منها فعلى هذا يغرم بالبينة ولا يسأل. **والثاني**: وبه قال أبو الفياض لا تبطل يمينه ولكن يسأل عن ذلك فإن ذكر وجهاً تسلم معه يمينه الماضية لم يغرم وإن لم يبين غرم.

فرع آخر

لو كان في يد أحدهما ألف فقال: اقتسمناه وهو حصتي خاصة وقال الآخر: ما اقتسمنا وهو مشترك فالقول قول من يدعي بقاء الشركة لأن الأصل هذا.

فرع آخر

لو تولى أحد الشريكين الشراء فللبائع أن يأخذه بكل الثمن، فإذا أخذ منه فإن أداه من مال الشركة جاز ولا رجوع. وإن أداه من مال نفسه فإن فعل ذلك لأنه لم ينضَّ من مال الشركة ما يؤديه كان له الرجوع على شريكه بحصته منه. وإن فعل ذلك مع وجود ناضٍ من مال الشركة ففي رجوعه على شريكه وجهان أحدهما يرجع عليه بالنصف منه لأنه من موجبات الشركة، والثاني لا يرجع لأن موجبها الأداء من مالها فإذا عدل إلى مال نفسه فقد تطوع به فلم يرجع به عليه شريكه ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو اشترك رجلان فأخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم وعقد الشركة لا يصح قال في «البويطي»: فإن اشتريا ثوباً فربحا قسم الربح على قدر أموالهما وحسب الصرف يوم الشراء ورجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بفضل أجرته بالعمل على ماله فينظر إلى غالب نقد البلد حين الشراء ما هو ليجعل هو الأصل، ثم يقوم النقد الآخر به ويقسم الربح بينهما عليه فإن كان غالب النقود دنانير وكان لأحدهما عشرة دنانير وللآخر مائة درهم نظر كم قيمة الدراهم، فإن كانت عشرة [٥٦/أ] دنانير فالمال بينهما نصفين والربح كذلك، وإن كانت أقل أو أكثر فعلى حسابه.

فرع آخر

لو ذكر **أحدهما**: إني بعت العبد المشترك وقبضت الثمن وتلف في يدي وخرج العبد المبيع مستحقاً وأخذه مالكه وذكر الوكيل أنه قبض ثمنه وضاع منه، قال أبو إسحاق: يرجع المشتري بالعهدة على الوكيل ولا يرجع الوكيل على الموكل لأنه إنما يقبل قوله على موكله فيما هو أمين فيه، وأنه إن تلف لا يلزمه ضمانه ولا يقبل قوله عليه في إلزامه غرماء، فإن قامت البينة على قبضه الثمن أو أقر الموكل أنه قبضه كان له أن يرجع بالعهدة على الموكل لأنه قد ثبت قبض الثمن لموكله فثبت حق الرجوع بالعهدة عليه.

مسألة: قال: وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَينَ رَجُلَيْنِ فَأَمَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان عبد بين رجلين فأذن أحدهما لصاحبه في بيع نصيبه مع نصيب نفسه وقبض ثمنه فباع جميع العبد بألف درهم، ثم أقر الذي لم يبع أن الذي باع قبض جميع الثمن وأنكره البائع وادعاه المشتري فإن المشتري يبرأ من نصف الثمن وهو حصة المقر لأنه يقول: قد دفع المشتري حصتي من الثمن إلى وكيلي وبرئ منه وكانت الخصومة بين البائع والمشتري. فإذا قال البائع: لم أقبض الثمن من المشتري كان القول قوله مع يمينه وعلى المشتري البينة لأن الأصل أن الثمن واجب عليه. فإن أقام البينة برئ من جميع الثمن ويقبل فيه شاهدان وشاهد وامرأتان وشاهد ويمين.

وهل تقبل شهادة شريكه المقر بأنه قبض الثمن إذا كان عدلاً؟ نُظِر فيه فإن شهد عليه بأنه قبض حصته قبلت شهادته لأنه لا يَجُرّ بها منفعة ولا يدفع مضرة. وإن شهد عليه بقبض جميع الثمن فلا تقبل شهادته في حصة نفسه وهل تقبل في حصة شريكه؟ وجهان بناءً على القولين في تبعيض الشهادة. وإن لم يكن له بينة قال البائع: يحلف ويستحق نصف الثمن فإذا حلف وقبض نصف الثمن كان له خاصة لأن الذي لم يبع مقر بتصديق المشتري مقر بأن البائع ظلم فيما يأخذه فلا يشاركه فيما ظلم وهذه علة أبي إسحاق [٥٦/ب].

وقال جماعة من أصحابنا: العلة أن الذي لم يبع لما صدق المشتري أبرأه وصار كالقابض لحقه فكان ذلك منه فسخاً للشركة فلم يبق له في المقبوض حتى يقاسم عليه، وبقيت الخصومة بينه وبين شريكه فإنه يدعي عليه أنه قبض جميع الثمن فيكون القول قوله مع يمينه أنه ما قبض حصته وعلى المدعي البينة، وإن لم تكن له بينة يحلف البائع وبرئ من دعواه، وإن لم يحلف ردت اليمين على المدعي، فإذا حلف استحق عليه نصف الثمن، فإذا دفعه إليه لم يكن له أن يرجع على المشتري لأنه يقول: هذا ظلم لحقني من جهة شريكي دون المشتري فلم يجز له أن يرجع بالظلم على غير ظالمه. ولو أقام المشتري بينة على البائع يدفع الثمن إليه قد بينا أنه يبرأ من جميعه بالبينة وللشريك الذي لم يبع أن يرجع على البائع بحصته ببينة المشتري من غير استئناف لها.

ولو نكل البائع عن اليمين الأولى فردت اليمين على المشتري فحلف وبرئ من جميع الثمن لا يضر هذا النكول في حق الشريك الموكل بل يدعي عليه الموكل أنه قبض الثمن، فإن حلف البائع أنه ما قبض قبلت يمينه الآن ونظير هذا أن ابنين لميت ادعى أحدهما على رجل لأبيه مالاً والآخر غائب فنكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعي فحلف وأخذ نصفه فجاء الآخر وادعى نصيبه فللمدعى عليه أن يحلف ونكوله الأول لا يضره.

وكذلك لو اشترى رجلان شقصاً فيه شفعة فادعى أحدهما على الشفيع أنه عفا عن الشفعة فنكل وحلف المدعي ثم جاء الآخر فادعى مثل ذلك فللشفيع أن يحلف أنه ما عفا ولا يضره نكوله الأول.

وقال في «الحاوي»: للشريك الذي لم يبع أن يرجع على البائع بحصته بيمين المشتري وحده بعد نكول البائع عن اليمين لأن اليمين بعد النكول إما أن تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار وبكل واحدٍ منهما يثبت الرجوع. وهذا لا يصح عندي لأن اليمين حجة في حق الحالف لا يدخلها نيابة فلم يثبت حق أحدهما بيمين الآخر.

وقال [٥٧/أ] بعض أصحابنا بخراسان: من فوائد السواد أن الرجل إذا قال لوكيله: بع هذا العبد ولم يزد عليه له أن يسلم العبد ويقبض الثمن، وفيه خلاف بين أصحابنا وهذا هو الصحيح إن شاء الله لأن ذلك عادة التوكيل غالباً لأن المزني أطلق فقال: فأمر أحدهما صاحبه ببيعه فباعه ولم يشترط في تصوير المسألة أن يوكله بالقبض والتسليم صريحاً.

فإن قيل: من أين لك أن المزني جعل للوكيل ولاية القبض في هذه المسألة؟. قيل: لأنه أبرأ المشتري من نصيب المقر لما أقر بقبض وكيله ولو لم يكن ولاية القبض الصحيح لما أبرأه بالقبض من جهته. وقيل: للوكيل إقباض المبيع لأن الإيجاب يقتضي الإقباض فإذا قبض المبيع هل له قبض الثمن؟ وجهان أحدهما ليس له، والثاني له ذلك لأن الثمن في مقابلة المثمن فإذا كان له تسليم المثمن كان له قبض الثمن. وكذلك إذا وكله بالشراء هل له إقباض المبيع؟ وجهان. وإن كانت المسألة بحالها إلا أن الشريك الذي باع هو الذي أقر أن الذي لم يبع قبض الثمن كله فلا تخلو هذه المسألة من أربعة أحوال:

إما أن يكون كل واحدٍ منهما أذن لصاحبه في قبض الثمن.

أو كان أذن الذي باع للذي لم يبع في قبض الثمن ولم يأذن الذي لم يبع للذي باع في قبض الثمن.

أو لم يأذن واحدٌ منهما لصاحبه في قبض حصته من الثمن.

أو أذن الذي لم يبع للذي باع في قبض حصته من الثمن ولم يأذن الذي باع للذي لم يبع فيه. فإن كان أذن كل واحدٍ منهما لصاحبه أو كان أذن الذي باع للذي لم يبع فإن الحكم في هذين القسمين مثل ما ذكرنا في المسألة قبلها وإنما يختلفان في الصورة فالبائع في هذه كالذي لم يبع في الأولى والذي لم يبع في هذه كالبائع في الأولى والفقه ما ذكرناه.

وإن لم يأذن واحد منهما لصاحبه في قبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ من شيء من

الثمن فإن البائع يقول: دفعت جميع الثمن إلى شريكي ولا يقبل قوله على شريكه في حصته فلا يبرأ منه ولا يبرأ من حصة المقر أيضاً [٥٧/ب] لأنه يقول: دفعت حصتي إلى شريكي ولم أوكله في قبض الثمن فدفعت حصتي إلى من لا يجوز لك أن تدفع إليه، فإذا كان كذلك لم يبرأ من شيء من الثمن وللبائع مطالبته بحصته من الثمن ولا يمين عليه لأن دفع المشتري إلى شريكه لا يبرئه وتبقى الخصومة بين الشريك الذي لم يبع وبين المشتري ويكون القول قول الشريك مع يمينه أنه ما قبض ما ادعاه وعلى المشتري البينة ويقبل فيه شهادة شريكه الذي هو البائع عليه في ذلك إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه منفعة ولا يدفع مضرة، فإن لم تكن بينة حلف الشريك واستحق عليه نصف الثمن.

وأما إذا أذن الذي لم يبع للذي باع في قبض الثمن ولم يأذن الذي باع للذي لم يبع في قبض الثمن فهذا القسم هو مسألة الكتاب فإنه لا يبرأ من شيء من الثمن لأن قول البائع لا يقبل على شريكه في قبض حصته ولا يبرأ من حصة المقر لأنه يقول: ادفع حصتي إلى من لا يجوز دفعها إليه فإذا كان كذلك كان للبائع مطالبة المشتري بحصته من الثمن ولا يمين عليه، فإذا قبض حصته من الثمن وهو خمس مائة درهم كان شريكه بالخيار إن شاء طالب المشتري بنصف الثمن وهو حصته وإن شاء طالب شريكه بنصف ما قبضه وهو مائتان وخمسون درهماً. فإن أراد أن يطالب المشتري بنصف الثمن فالقول قوله مع يمينه وعلى المشتري البينة. ولا تقبل شهادة شريكه عليه في هذا القسم لأنه يدفع بشهادته مشاركته فيما قبضه فكان متهماً فيه. فإن أقام المشتري البينة برئ ولم يكن له مطالبة المشتري ولا مطالبة شريكه، وإن لم تكن للمشتري بينة حلف الذي لم يبع أنه ما قبض الثمن وإذا حلف استحق جميع الثمن. وإن أراد أن يطالب في الابتداء شريكه بنصف ما قبضه كان له لأنه يقول: لا يقبل قولك عليّ بقبض حصتي من الثمن وانفرادك بما قبضته فجميع ما تقبضه مشترك بيني وبينك، فإذا كان كذلك كان له مشاركته في نصفه ويرجع على المشتري بتمام حصته فإذا قبض من شريكه نصف ما قبضه لم يكن للمقبوض منه أن يرجع بما قبضه شريكه على المشتري لأنه [٥٨/أ] يقول: إنه ظلم لحقني من جهة شريكي فإن لم يجز له أن يرجع بالظلم على غير ظالمه.

وقال أبو حامد: هذا القول يفيد أن البائع انعزل عن وكالة الذي لم يبع بالقبض له لأنه معترف أنه ما بقي هناك حق هو وكيل في قبضه فصار هذا القسم والذي قبله سواء، وتقبل شهادة البائع للمشتري بالقبض على المذهب الصحيح، وللبائع مطالبة المشتري بخمس مائة وإذا قبضها فالمذهب أنه ينفرد بها ولا يشاركه الذي لم يبع فيها لأنه قبض بعد زوال وكالته وهذا اختيار أبي إسحاق وجماعة.

وقال المزني: له مشاركته فيها لأن الثمن في ذمة المشتري لهما قال ابن سريج: هذا غلط منه وهو قول العراقيين، قال: وهذا لأن كل نفسين كان لهما مال قبل رجل كالثمن والقرض كان لكل واحدٍ منهما أن ينفرد بقبض نصيبه ومتى قبض شيئاً انفرد به دون شريكه إلا في مسألتين: مال الكتابة والميراث، فإنهما لو كاتبا عبداً بينهما على ألف فمتى قبض أحدهما شيئاً من مال الكتابة كان الآخر شريكه فيه لأنه لما لم يصح أن يكاتب نصيبه على الانفراد منه لم يجز أن يقبضه على الانفراد ويفارق الثمن في البيع لأنه لما صح أن يثبت نصيبه في ذمة المشتري على الانفراد ابتداء صح أن يقبضه على الانفراد انتهاءً وسبب استحقاق الميراث لا يتبعض والورثة ينوبون عن الميت في القبض بخلاف هذا.

وفرع المزني على مذهبه فقال: الذي لم يبع بالخيار بين أن يقبض من البائع مائتين وخمسين ومن المشتري مائتين وخمسين وبين أن يقبض من المشتري خمس مائة على ما ذكرنا.

وقال في «الحاوي»: وإن بطلت وكالة البائع فعلى المشتري أن يؤدي إليهما ألفا، خمس مائة إلى البائع وخمس مائة إلى الذي لم يبع بعد يمينه فإن ابتدأ ودفع إلى الذي لم يبع خمس مائة لم يكن للبائع أن يشاركه فيها لأنه مُقرّ أن المشتري مظلوم بها. وإن ابتدأ المشتري ودفع إلى البائع خمس مائة كان للذي لم يبع أن يشاركه فيها إن شاء لأن المال مشترك لم يقتسما عليه والبائع غير مصدق على شريكه في إبطال الشركة فيه فإذا أخذ من البائع نصف ما أخذه له أن يستوفي من المشتري [٥٨/ب] تمام حقه فيصير المشتري غارماً لسبعمائة وخمسين منها خمس مائة دفعها إلى البائع وشاركه فيها الذي لم يبع ومائتان وخمسون دفعها إلى الذي لم يبع وهذا عين ما قاله المزني، وهكذا ذكره القاضي الطبري وهو الأصح.

وأما ما نقل المزني في هذه المسألة أن المشتري إذا صدقه البائع في دفع الألف إلى الذي لم يبع يبرأ من خمس مائة كالمسألة الأولى لأنه أمينه غلط لأن عند الشافعي لا يقبل إقرار الوكيل على الموكل، وإنما هذا مذهب أبي حنيفة والمزني نقل هذه المسألة من «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن ونقل جوابه إلى جواب الشافعي وهكذا قاله أبو إسحاق، وقال ابن أبي هريرة: النقل صحيح والجواب مستقيم وتأويله أن المشتري يبرأ من خمس مائة في مطالبة البائع بها لبطلان وكالته فيها ولا يبرأ منها في حق من لم يبع فكان جوابه في براءة المشتري محمولاً على هذا التأويل ولا معنى لتغليطه إذا أمكن تصويبه. وقيل: النقل صحيح وبراءة المشتري من النصف براءة تامة ولكن المسألة محمولة على الشريكين المأذون لكل واحدٍ منهما من صاحبه فيبرأ المشتري بإقرار كل واحد من الشريكين على صاحبه

بالقبض، سواء كان بائعاً أو غير بائع، وإذا أمكن حمل جوابه على الصحة لا وجه لتخطئته كما ذكر أبو إسحاق وإذا أمكن إبراء المشتري منها لا وجه لحمله على إبطال الوكالة فيها كما فعل ابن أبي هريرة. وقيل: مسألة المزني محمولة على وجه يصح وهو أن يكون البائع لم يعرف المشتري في حال البيع أن العبد بينه وبين شريكه فيكون له في الظاهر على المشتري جميع الثمن وليس لشريكه مطالبة المشتري بشيء من الثمن، فإذا قال البائع: إنك دفعت نصف الثمن إلى من جاز لك أن تدفع إليه فقد سقطت مطالبته عنه بنصف الثمن وحصلت البراءة في الظاهر لأنه ليس لواحد من الشريكين مطالبته به ويرجع البائع على المشتري بالنصف الآخر، فإذا قبضه طالبه شريكه بالنصف على ما بيناه. وفي هذا نَظَرٌ لأن دعوى المشتري عليه قبض الثمن تتضمن أنه كان له في المبيع شركة وأنه [٥٩/أ] مستحق لنصف ثمنه، وقيل: إنه وجد للشافعي أنه قال: قال محمد وأراد محمد بن الحسن فظن المزني أنه أراد نفسه فهو غلط كما قال أبو إسحاق.

مسألة: قال: وَلَوْ كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَغَصَبَ رَجُلٌ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان عبد بين رجلين فغصب رجل نصيب أحدهما بأن حال بينه وبينه ومنعه من التصرف فيه، ثم إن الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل فإن البيع في المغصوب باطل قولاً واحداً وفي نصيب المالك جائز قولاً واحداً ولا يجيء في هذه المسألة بطلان البيع في الجميع لأنهما صفقتان وإنما القولان إذا فسد بعض الصفقة الواحدة هل يفسد البيع؟ قولان وهو إذا وكل الغاصب الشريك في البيع أو وكل الشريك الغاصب فعقد أحدهما العقد وأطلق، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر على التعليل الذي نقول لا تفرق الصفقة لأن اللفظة جمعت حراماً وحلالاً وليس بشيء. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا قال المالك: بعت النصف الذي هو ملكي. فأما إذا أطلقا العقد فوجهان وهو كالوجهين في أحد الشريكين، إذا قال: بعت نصف هذا العبد ولم يقل: النصف الذي لي في أصح الوجهين وينصرف إلى حصته دون حصة صاحبه. والوجه الثاني يقع شائعاً والحكم فيه بناء على تفريق الصفقة، كذلك ها هنا في أحد الوجهين يصح في الوجه الذي ليس بمغصوب وفي الوجه الآخر يقع شائعاً فلا يصح إلا في الربع وهو نصف هذا النصف ويبطل في الباقي إذا جوزنا تفريق الصفقة فإن لم نجوز التفريق بطل في الكل.

فرع

لو قال أحد الشريكين: بعت من فلان السلعة الفلانية من مال الشركة وقبضت ثمنها

منه فتلف في يدي، وقال الشريك الآخر: لم تقبض الثمن من المشتري قبل قوله في القبض والتلف مع يمينه لأنه أمنه فيه فكذلك إذا قال الوكيل: بعت وقبضت الثمن وتلف في يدي، وقال الموكل: لم تقبضه فالقول قول الوكيل لأنه أقامه مقام نفسه فإقراره بقبضه من المشتري بمنزلة إقرار الموكل ويخالف [٥٩/ب] هذا إذا أقر على موكله بالقبض لا يقبل لأنه لم يوكله فيه. وقيل: فيه وجه آخر لا يقبل قوله لأنه يتعلق بثالث غير الموكل وهذا ضعيف والأول أصح. فإن قيل: أليس لو أمره بقضاء دينه فقال: قضيته وأنكر الذي له الدين لم يقبل قوله عليه ولا على الموكل؟ قلنا: لأنه صار مفرطاً بترك الإشهاد بخلاف مسألتنا. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان أمره بالبيع بثمن مؤجل لم يقبل قول الوكيل إذ لا يزعم الموكل أنك بالتسليم صرت ضامناً. وإن كان أمره بالبيع بثمن حال فيه وجهان، أحدهما يقبل لأنه لو لم يقبل لزمه الضمان حين سلم المبيع ولم يقبض الثمن. والثاني يقبل في حقه حتى لا يضمن فأما في أن يبرأ المشتري بقوله عن حق الموكل فلا. وقال ابن الحداد رحمه الله: لو كان له على رجل دين فوكل رجلاً بقبضه فقال الوكيل: قبضت وتلف في يدي لا يقبل قوله ولا قول من عليه الدين إلا ببينة بخلاف مسألة الوكيل بالبيع والفرق ما أشار الخراسانيون.

فرع آخر

لو ادعى أحد الشريكين أنه دفع جميع مال الشركة إلى صاحبه وصاحبه ادعى مثل ذلك فكل واحدٍ منهما يحلف بدعوى صاحبه ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وقد ذكرنا نظير هذه المسألة.

فرع آخر

قال ابن سريج رحمه الله: إذا استأجر رجلاً ليحتش له أو يصطاد له أو يحيي مواتاً صحت الإجارة إذا كانت الأجرة معلومة والمدة معلومة وما يحتش أو يصطاد للمستأجر. وكذلك لو استأجره ليسقي له ماء فاستقاه كان للمستأجر. قال أصحابنا: وكذلك إذا وكله في ذلك يقع الملك للموكل لأنه تناوله لغيره بإذنه فوجب أن يقع الملك لمن تناوله له كما لو تناوله لنفسه وقع الملك له. ولو كانت الإجارة فاسدة كان ما تناوله للمستأجر وكان له أجرة مثله.

فرع آخر

إذا باع أحد الشريكين وأقر أنه قبض الثمن وتلف في يده قد ذكرنا أنه يقبل قوله مع يمينه إذا أنكر الشريك الآخر قبضه، ثم إذا حلف ثم خرج المبيع مستحقاً فرجع المشتري

على البائع قال ابن سريج: لا يرجع البائع [٦٠/أ] على شريكه لأنه يؤدي إلى أن يستحق الرجوع عليه بيمينه، وقال بعض أصحابنا: له الرجوع لأنه ثبت بيمينه قبضه الثمن وتلفه في يده والرجوع ثبت له بسبب آخر وهو أنه نائب عنه في البيع وهذا كما نقول: لا يثبت النسب بشهادة النساء ولكن إذا شَهِدْنَ بالولادة في الفراش ثبت النسب.

فرع آخر

لو خلط أحد الشريكين ماله بمال صاحبه ولكنهما يعرفان ما لكل واحدٍ منهما بعلامةٍ جعلها كل واحدٍ منهما ليعرف بها دراهمه ولكن لا يعرفها غيرهما ولا يتمكنون من التمييز هل تصح الشركة اعتماداً على غالب الحال أو لا تصح؟ نظراً إلى حالهما يحتمل وجهين.

كتاب الوكالة[1]

تحريت فيها مذهب الشافعي رحمة الله عليه قال: قال الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ الآية [النساء: ٦].

وهذا كما قال: الوكالة في اللغة التكفل بما يفوض إليه ويستناب فيه والوكيل الذي تكفل بما وكل به فيكفي موكله القيام به. والوكيل في صفات الله تعالى الكفيل بأرزاق العباد. وقيل: الوكالة في اللغة اسم ينطلق على الحفظ والمراعاة لما على الوكيل من حفظ ما وكل فيه ومنه قوله تعالى: ﴿أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا﴾ [النساء: ١٠٩] أي: حفيظاً والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا﴾ [الكهف: ١٩] وهذا توكيل بالشراء. وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠] فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين. وقوله تعالى: ﴿اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَٰذَا فَأَلْقُوهُ عَلَىٰ وَجْهِ أَبِي﴾ الآية [يوسف: ٩٣] وهذه وكالة واحتج المزني فيها بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الآية فجعل قَيِّم اليتيم وكيلاً له يتصرف في مصالحه بوكالة شرعية إلى وقت معلوم فدل على جوازها. وقال أيضاً: إذا جاز أن ينصب نائباً في مال ولده فلأن ينصب [٦٠/ب] البالغ العاقل نائباً في خاص ماله أولى.

وأما السنَّة فما روي أن النبي ﷺ وَكَّلَ عمرو بن أمية الضمري ليقبل له نكاح أم حبيبة رضي الله عنها[2]. ووكَّلَ أبا رافع في نكاح ميمونة رضي الله عنها[3]. وَوَكَّلَ حكيم بن حزام وعروة البارقي في شراء شاة بدينار، وتمام الخبر «أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي رضي الله عنه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين وباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له النبي ﷺ بالبركة في بيعه»[4] فكان لو اشترى تراباً لربح فيه. وروي عن حكيم

---

(١) انظر «الحاوي» (٦/ ٤٩٣).

(٢) ذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٠) (١٢٥٧).

(٣) ذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٠) (١٢٥٨).

(٤) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك (١٢٥٨) وأبو داود في البيوع، باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤) وأحمد في «مسنده» (١٨٨٧٧).

بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ «بعث معه بدينار ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته»(١). وروي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ وهو في المسجد فسلمت عليه وقلت: أريد الخروج إلى خيبر فقال: «إذا أتيت وكيلي بخيبر فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آيةً فضع يدك على ترقوته»(٢).

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه. وروي أن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه وَكَلَّ عبد الله بن جعفر وقال: «إن للخصومات قحماً تتقحمها الشياطين». والقحم المهالك. وَوَكَلَّ عقيلاً عند عمر وعثمان رضي الله عنهم ثم بعد ذلك كان يوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما حين ضعف عقيل عن مباشرة الخصومة. ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره.

مسألة: قال المزني رحمه الله: وَلِلْنَّاسِ أَنْ يُوَكِّلُوا فِي أَمْوَالِهِمْ وَطَلَبَ حُقُوقِهِمْ وَخُصُوْمَاتِهِمْ.

الفصل

وهذا كما قال: الوكالة تفتقر [٦١/أ] إلى وكيل وموكِّل وموكَّل فيه فبدأ المزني بالموكَّل فيه والحقوق على ضربين ضرب هو حق للآدميين وضرب هو حق لله تعالى، فأما حق الآدميين فعلى ضربين:

ضرب يتعلق بالمال كالبياعات والإيجارات والهبات والصدقات المحرمات والإقالات والفسوخ كالرد بالعيب وفسخ البيع في مدة الخيار وغير ذلك والوصايا وقضاء الديون فالتوكيل يصح في جميع ذلك.

وضرب يتعلق بالبدن وهو على ثلاثة أضرب **أحدها**: يصح التوكيل فيه كالنكاح والطلاق والرجعة والعتاق ومن ذلك التوكيل في الخصومات فإن حضور مجلس الحكم يلزمه فإذا وكل فيه ناب عنه وكيله.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في المضارب يخالف (٣٣٨٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الوكالة (٣٦٣٢).

والثاني: لا تصح فيه الوكالة قولاً واحداً كالأيمان والإيلاء واللعان والظهار لأن اليمين لا تنعقد إلا بلفظه والإيلاء واللعان يمين والظهار في معنى اليمين لأنه يقتضي وجوب الكفارة.

والثالث: هل يصح التوكيل؟ فيه قولان وهو استيفاء القصاص والحدود. وهل يصح التوكيل في إختيار ما زاد على الأربع إذا أسلم عنهن وأسلمن؟ قولان **أحدهما**: لا يصح لأن ذلك يتعلق بالشهوة ولهذا لا يقوم الحاكم فيه إذا امتنع عن الاختيار. **والثاني**: يصح لأنه استباحة فرج محظور فصح فيه التوكيل كالنكاح والرجعة والأول اصح. وأما حق الله تعالى فعلى ضربين ضرب يتعلق بالمال كالزكاة والكفارات والهدايا يجوز التوكيل فيها قولاً واحداً.

وضرب يتعلق بالبدن وهو على ضربين:

ضرب لا يجوز فيه التوكيل قولاً واحداً كالطهارة والصلاة والصيام ولكن في الطهارة يجوز الاستعانة بغيره. وفي ركعتي الطواف تدخل النيابة إذا حج عن غيره. وفي الصوم عن الميت قولان.

وضرب يصح فيه التوكيل وهو الحج فإنه إذا عجز عن الحج بنفسه له أن يستنيب من يحج عنه، ومن أصحابنا من ذكر ما يجوز فيه النيابة وما لا تجوز فيه النيابة على ترتيب المختصر فقال: لا تصح النيابة في الطهارة لأن محلها [٦١/ب] متعين.

ويجوز أن يستنيب في صب الماء على أعضائه لأن إيصال الماء إلى أعضائه غير واجب عليه. وكذلك يستنيب في تطهير بدنه وثوبه من النجاسة. وفي الصلاة لا تجوز إلا في ركعتي الطواف على ما ذكرنا. وفي الزكاة يجوز أن يستنيب من يؤديها عنه ويجوز أن يستنيب في إخراجها من ماله ويستنيب الإمام في تسليمها إلى الفقراء وأهل السهمان والصوم ذكرنا. وفي الاعتكاف لا تدخل. والحج ذكرنا. وفي البيع يجوز التوكيل. وكذلك في جميع أحكامه وكذلك في الرهن وقبضه. ولا تتصور الوكالة في التفليس. وفي الحجر يجوز أن يوكل الحاكم من ينوب عنه فيه. وفي الصلح يصح التوكيل وكذلك في الحوالة والضمان والشركة والوكالة.

وفي الإقرار هل يصح التوكيل؟ وجهان. وفي العارية يصح التوكيل لأنها هبة المنافع وفي الغصب لا تجوز الوكالة، ولو وكل كان الغاصب الوكيل دون الموكِّل. وفي الشفعة تصح النيابة في طلبها وكذلك في القراض والمساقاة والإجارة. وفي إحياء الموات هل يجوز التوكيل؟ قولان وكذلك في الاحتطاب والاحتشاش. وفي العطايا والهبات والوقف يصح

التوكيل ولا يصح في الالتقاط ولو أمره به فالتقط كان أحق به من الآمر. وفي الميراث لا تدخل النيابة إلا في قبض الموروث وقسمته. وفي الوصايا والودائع وقسم الفيء والغنيمة والصدقات تصح النيابة، وفي النكاح يصح التوكيل من الولي والخاطب وكذلك في تسمية الصداق وقبضه وكذلك في عقد الصلح والخلع ولا يصح في القسم لأنه يتعلق ببدن الزوج. ويصح التوكيل في الطلاق.

وفي الرجعة هل تجوز النيابة؟ اختلاف بين أصحابنا والصحيح جوازه لأنها صلاح للنكاح فأشبه أصل النكاح. ولا يجوز في الإيلاء والظهار واللعان والعدة والرضاع. ويجوز في النفقات في إيصالها إلى مستحقها وتسلمها. ولا يصح في الجنايات. ويجوز التوكيل في إثبات القصاص والاستيفاء في الجملة. وكذلك في الديات في إيصالها إلى مستحقها. ولا يجوز في القسامة لأنها أيمان. ويجوز في الكفارات [٦٢/أ] كالزكوات.

ويجوز أن يستنيب الإمام في قتال أهل البغي وكذلك في الحدود يستنيب في استيفائها ولا يجوز في إثباتها لأنه لا تسمع الدعوى فيها إلا في حد القذف وكذلك في زنا المقذوف. ولا تصح النيابة في الأشربة، ويجب الحد على الشارب لأنه فعل المحرم. ولا تصح في الجهاد وكل من حضر الصف توجه الفرض عليه.

وفي الجزية يجوز التوكيل فيها في عقد الذمة وتسليمها. وأما الاصطياد فقد ذكرنا. ويجوز التوكيل في الذبح. وكذلك في السبق والرمي لأنه كالإجارة أو الجعالة. ولا يجوز في الأيمان والنذور ويجوز في القضاء والأحكام والشهادة وتكون شهادة على شهادة وليس بتوكيل. ويجوز التوكيل في الدعاوى لأنها مطالبة حق غيره. ويجوز في العتق والتأبيد والكتابة. ولا يتصور في الاستيلاد لأنه يتعلق بالوطئ والوطئ يختص بالفاعل.

وأما من يصح منه التوكيل ومن لا يصح، فكل من جاز له التصرف بنفسه جاز له أن يوكل فيه كالحُر الرشيد، والحُرة الرشيدة، والحر الفاسق والحرة الفاسقة والمسلم والمشرك في ذلك سواء. وللمسلم أن يوكل كافراً ذمياً كان أو حربياً لأنه لما جاز أن يتبرع عنه جاز أن يتوكل عنه. ولو أسلم كان على وكالته وكذلك يجوز للكافر أن يوكل مسلماً ذمياً كان أو حربياً. وعلى هذا يجوز للمكاتب أن يوكل بالتصرف فيما في يده من المال لأن له أن يتصرف فيه بنفسه بغير إذن مولاه. ويجوز للمحجور عليه بالفلس أن يوكل في الشراء في الذمة ولا يجوز له أن يوكل ببيع شيء في يده. ولا يجوز للمحجور عليه بالسفه أن يوكل ببيع شيء في يده ولا بالشراء في الذمة أيضاً. ويجوز له التوكيل في الطلاق وكذلك العبد يجوز له أن يوكل في الطلاق من دون سيده. ولا يجوز أن يتوكل لغيره بغير إذن سيده فإن

أذن له سيده جاز له ذلك إلا في عقد النكاح لغيره فإن فيه وجهين، أحدهما يجوز كما يجوز له أن يتزوج لنفسه بإذن سيده والثاني، لا يجوز لأنه عقد مبني على اعتبار الكمال ولهذا لا يجوز للمرأة أن تتولاه وقيل: يجوز له أن يقبل لغيره بالوكالة كما يقبل لنفسه وفي الإيجاب [٦٢/ب] بالوكالة وجهان.

والعبد المأذون لما صح تصرفه فيما في يده بإذن السيد فكذلك التوكيل فيه يحتاج إلى إذن السيد. والمرأة لا يجوز أن تكون وكيلة في النكاح ويجوز غيره من الحقوق. والفاسق يقبل النكاح لنفسه ولا يقبل لغيره في أحد الوجهين، والكافر لا يجوز أن يكون وكيلاً في تزويج المسلمة بلا خلاف. ولو جعل الرجل طلاق امرأته إليها جاز وهل يجوز أن تكون وكيلة في طلاق غيرها؟ وجهان:

ولو وكل المرتد رجلاً هل يجوز؟ فيه ثلاثة أقوال، **أحدها**: باطل، **والثاني**: جائز، **والثالث**: موقوف بناء على تصرفاته. ولو توكل المكاتب بغير إذن سيده قال ابن سريج: إن كان يجعل جاز وإلا فلا يجوز لأن فيه تعطيل منافعه على سيده بغير أمره. ويجوز أن يكون الوكيل مرتداً لأن في تصرفه لنفسه أقاويل لا في تصرفه لغيره.

فرع

لو قال: وكلتك أو أقمتك مقامي أو جعلتك نائباً عني كان وكيلاً لأنه ذكر ما هو المقصود باللفظ الصريح فيها، وهكذا لو قال: استنبتك لأن الوكالة نيابة. ولو قال: سألتك أو عولت عليك لا يصح عند الوكالة به وكذلك لو قال: اعتمدت عليك.

مسألة: قال: وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الْوُكَلاَءِ وَلاَ عَلَى الأَوْصِيَاءِ.

الفصل

وهذا كما قال: جميع من يتلف مال الغير في يده ثلاثة أضرب، ضرب لا يلزمه الضمان إلا بالتعدي قولاً واحداً وهو مثل الوكيل والوصي والمضارب والمودع والمرتهن والمستأجر. وضرب يلزمه الضمان قولاً واحداً كالغاصب والمستعير والمساوم والقابض عن شراء فاسد فهؤلاء يلزمهم الضمان. وضرب في وجوب الضمان عليه قولان وهو الصانع كالخياط والصباغ والقصار والحائك ونحن نبين ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: وَالتَّوْكِيْلُ مِنْ كُلِّ مُوَكِلٍ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ يَخْرُجُ أَوْ لاَ يَخْرُجُ.

الفصل

وكما قال: التوكيل في الخصومة جائز سواء رضي به الخصم أو لم يرض حاضراً كان أو غائباً صحيحاً كان أو مريضاً رجلاً كان أو امرأةً مخدرة كانت أو برزة فإذا حضر خصم عند الحاكم واستعدى على خصم فبعث الحاكم إليه [٦٣/أ] كان بالخيار بين أن يحضر وبين أن يوكل من يجيب عنه وإذا حضر الوكيل ليس للمدعي أن يقول: لا أدعي إلا على خصمي وكذلك لو حضر وكيل المدعي ليس للمدعى عليه أن يقول: لا أسمع الدعوى إلا من خصمي بل لهما ولكل واحدٍ منهما أن يدعي بنفسه وأن يوكل من ينوب عنه، وبه قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يصح التوكيل إلا بعذر من سفر أو مرض. وفي المرأة المخدرة اختلفوا وقالوا: لا نص فيها. وقال مالك: إن كان الخصم يشنع ويتسفه جاز التوكيل وإلا فلا. وهذا غلط لأنه وكله في خالص حقه فلا يفتقر إلى رضا غيره كما لو وكله في استيفاء الديون. ويجوز عندنا إثبات التوكيل عند القاضي وإن لم يكن الخصم حاضراً خلافاً لأبي حنيفة ثم قال الشافعي: وليس الخصم من الوكالة بسبيل وقد يقضى للخصم على الموكل فيكون حقاً ثبت عليه بالتوكيل يعني قد يكون الموكل ألحن بحجته من الوكيل فإذا وَكَّلَ من هو دونه ثبت عليه الحق بوكيله. ولو كان المخاطب عن نفسه صاحب الحق سلم من ثبوت الحق عليه فلا يكون رضا خصمه شرطاً في التوكيل لأنه ربما ينفعه هذا كما يضره في حالٍ. فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في تثبيت الوكالة عند الحاكم، فإذا حضر عند الحاكم وابتدأ فوكل وكيلاً عنده فقال: قد وكلت هذا في كذا وكذا أو أقر عنده أنه قد وكله في كذا وكذا فقد ثبتت وكالته عند الحاكم فيما وكله فيه وللوكيل التصرف فيما وكله فيه.

وقال أبو حنيفة: إذا سمع هذا صار عالماً به وشاهداً ولا تثبت الوكالة به فإذا حضر الوكيل عند الحاكم وادعى لموكله على دعوى على خصمه قال الحاكم للمدعى عليه: أجب عن الدعوى ويكون هذا القول منه حكماً بعلمه فيثبت حينئذ إذ يجوز للقاضي أن يحكم بما يعلمه في حال، ولأنه وإن وكل وكيلاً لا بحضرة الخصم الحاكم في كذا وكذا وأشهد على نفسه بذلك شهوداً فحضر الوكيل وحده عند الحاكم فادعى أنه وكيل فلان وفي كذا وكذا سمع [٦٣/ب] دعواه فإن كان معه بينة أقامها وسمعها الحاكم فإذا سأله الحكم بذلك حكم له وثبتت وكالته عنده فمتى شاء طالب بالحق أو خاصم. فإن حضر عنده وادعى أولاً فقال: أنا وكيل فلان وهو يدعي على هذا كذا وكذا لم يسمع دعواه عليه، وقال له: ثبت وكالتك عندي فإذا أثبتها فادعي لموكلك ما وكلك فيه فيستأنف دعواه ويثبتها عنده.

وقال أبو حنيفة: إذا حضر الوكيل وادعى أنه وكيل فلان وهذان شاهدان لم يسمع الحاكم هذه الدعوى ولا البينة ولكن إن ابتدأ فقال: ادعي لموكلي فلان على هذا ألفاً سمع الحاكم الدعوى منه وكلف الجواب عنها فإذا أجاب بلا أو نعم يقول الحاكم للوكيل: ثبت وكالتك فيقيم البينة بها ويحكم بذلك فالخلاف في فصلين أحدهما أن عندنا يسمع الحاكم البينة على التوكيل من غير خصمه وعنده لا يسمع. والثاني عندنا لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني على أصله أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب. وأن الوكالة من الحاضر لا يلزم الخصم فما لم يجب عن دعوى الوكيل لم يكن رضا بالوكالة. وهذا غلط لأنه إثبات وكالة فلا يفتقر إلى حضور الموكَّل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فإذا حضر واحد منهم لا يفتقر إلى حضور الباقين عندهم. والدليل على أنه لا يسمع الدعوى قبل ثبوت الوكالة أن الدعوى لا تسمع من خصم فإما أن يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولا ثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه، كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته.

فرع

لو حضر عند الحاكم وادعى أنه فلان بن فلان وأقام بذلك البينة سمعها وحكم له به وإن كان الحاكم لا يعرف الموكل لأنه قد سماه ووقع في نفسه إلى حيث لا يشاركه فيه غيره.

فرع آخر

لو حضر عند الحاكم ومعه رجل فقال الحاكم: هذا وكيلي تثبت وكالته عنده وإن كان الحاكم لا يعرفهما ولا يعرف اسم واحد منهما لأن المشاهدة تغني. فإن خاصم عن موكله بحضرة موكله جاز، وإن غاب الموكل فحضر هذا [٦٤/أ] الوكيل فقال للحاكم: أنا وكيل الرجل الذي اعترف بوكالتي عندك وهو فلان بن فلان لم يقبل الحاكم ذلك إلا أن يقيم البينة أن الذي وكلني بخصوماته هو فلان بن فلان أو يحضرا عنده فقال: هذا وكيلي فعرفهما الحاكم بأسمائهما أو أنسابهما فيصح أيضاً.

فرع آخر

لو وكل وكيلين وأشهد على نفسه ثم غاب هو وأحد الوكيلين فحضر الحاضر منهما عند الحاكم وادعى أنه وكيل فلان الغائب هو وفلان فشهد له به شاهدان سمعها الحاكم وحكم بها وثبتت وكالته ولم يكن له أن يتصرف وحده لأن الموكل ما رضي باجتهاده وحده

فإن حضر الوكيل الآخر نُظِر، فإن ادعى الوكالة لم يفتقر إلى استئناف الشهادة بها لأن الحاكم سمعها وحكم بها فيدخل في الوكالة بغير استئنافها وإن حضر وأنكر الوكالة لم يكن وكيلاً لأنه كذب شهوده وإن حضر وقبلها وثبتت وكالته ثم عزل نفسه انعزل ولم يكن للآخر أن يتصرف وحده لما مضى، ولا للحاكم أن يضم غيره إليه لأن الموكل رشيد لا يولى عليه.

وقال أبو حنيفة في الطلاق والعتاق: لأحدهما أن ينفرد في التصرف دون البيع الذي يفتقر إلى اجتهاده. ولو كانت المسألة بحالها فوكلهما معاً فكل واحدٍ منهما له أن يتصرف منفرداً لأنه رضي باجتهاد كل واحدٍ منهما. فإن حضر الغائب له أن يتصرف منفرداً أيضاً إذا أقر بالوكالة. وإن كان هذا في الوصية فأوصى إليهما ومات الموصي وغاب أحد الوصيين فحضر الحاضر إلى الحاكم وادعى الوصية إليه وأقام البينة ثبتت الوصاية ولم يكن له التصرف وحده. وإن حضر الغائب وادعاها دخل معه في الوصايا من غير استئناف بينة. وإن جحد زالت وصايته. وإن حضر وقبل ثم عزل نفسه زالت وصايته ولم يكن للباقي أن يتصرف وحده وللحاكم أن يضم إليه غيره لأنه ينوب عن الميت بخلاف الوكالة، وهذا لأنه لا نظر له فيمن لا يولى عليه. وإن أراد الحاكم أن يرد الأمور إلى هذا الواحد فيه وجهان، **أحدهما**: ليس له ذلك لأن الحاكم يملك تنفيذ الأحكام دون التغيير. **والثاني**: له ذلك كما يملك [٦٤/ب] أن يضم إليه غيره. وإن كان أوصى إلى كل واحدٍ منهما لا يحتاج إلى ضم آخر إليه بحال.

مسألة: قال: فَإِنْ وَكَّلَهُ بِخُصُومَةٍ فَإِنْ شَاءَ قَبِلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ[1].

وهذا كما قال: إذا وكل رجلاً في خصومة رجل فإن شاء قبل الوكالة وإن شاء ترك لأنه عقد فلا يلزمه قبوله كسائر العقود. فإن قيل: فإن شاء أقام على الوكالة وإن شاء فسخ لأن الوكالة عقد جائز من الطرفين. ولو شرط للوكيل فيها عوضاً اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: إذا دخله العوض فصار لازماً وصار بمنزلة الإجارة. وقال في «الإفصاح»: يكون جائزاً ولا يصير لازماً وهذا أصح إلا أن يتعاقدا بلفظ الإجارة لأنه وإن دخله العوض فهو عقد وكالة بدليل أنه يجوز عقدها على منافع مجهولة لأنه إذا قال: وكلتك في خصومة فلان على كذا وكذا درهماً يجوز والإجارة على منافع مجهولة لا تجوز. ولأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة وجملته أن العقود على أربعة أضرب، لازم من الطرفين كالبيع ونحوه، وجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والمضاربة ونحوها. ومعناه أنه يجوز لكل واحدٍ منهما فسخه من غير عذر. وجائز من أحد الطرفين وهو الرهن والكتابة جائز من قبل المرتهن والعبد لازم

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٦/ ٥١١).

من جانب الراهن والسيد. ومختلف فيه وهو عقد السبق والرمي إذا تسابقا وأدخلا محللاً بينهما فيه قولان، **أحدهما**: أنه إجارة تلزم من الطرفين. **والثاني**: جعالة جائزة من الطرفين. والوكالة تجعل من هذه الجملة.

فرع

قبول الوكالة لا يكون على الفور بل إن شاء قبل في الحال وإن شاء كالبيع. وإن شاء قبل على التراخي كالوصاية إليه وهذا لأنه مجرد الإذن والإذن قائم ما لم يرده ولا يختص بالحال ولأن إذن الغائب وتوكيله يصح وإن كان المأذون له لا يعلم إلا بعد وصول الإذن إليه، ولأن الوكالة تصح في الموجود والمفقود فجاز تأخر القبول فيها كالوصية، وقال القاضي أبو حامد: قبولها على الفور كسائر العقود وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو تعين زمان [٦٥/أ] العمل الذي وكل فيه وخيف فواته كان قبول الوكالة فيه حينئذ على الفور. وكذلك لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار قبولها على الفور أيضاً ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو وكله بالمكاتبة جاز إذا غلب على ظنه صحة الكتابة ويقبل على التراخي كما في المشافهة.

فرع آخر

إذا أراد الوكيل أن يقبل الوكالة يجوز أن يقبلها قولاً وفعلاً فالقول أن يقول: قبلت الوكالة والفعل أن يتصرف فيها. وذكر القفال أن الوكالة لا تحتاج إلى القبول لأن الاشتغال بالتصرف قبول منه لها والأولى ما ذكرنا من العبارة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يحتاج إلى أن يقول: قبلت؟ وجهان مشهوران، والأصح أنه يصير وكيلاً إذا وطن نفسه على امتثال الأمر من غير أن يقول: قبلت وعلى هذا عادات السلف والخلف، وهذا لأنه أمر فتصرفه امتثال له كالإيداع والإعارة.

فرع آخر

لا فرق في عزل الوكيل نفسه بين أن يكون الموكل حاضراً أو غائباً علم به أو لم يعلم. وقال أبو حنيفة: لا يصح منه العزل إذا شرع في الخصومة إلا في وجه الموكل. وقال

مالك: إن كان في عزله ضرر لا يجوز إلا بحضور الموكل وإن لم يكن ضرر يجوز. وهذا غلط لأنه رفع عقد فلا يفتقر إلى حضور من لا يفتقر إلى رضاه كالطلاق.

فرع آخر

لو كان الفاسخ الموكل فقال: فسخت أو عزلت وكيلي نُظر، فإن كان الوكيل حاضراً انفسخت وإن كان غائباً فعلم به انفسخت. وهل يفسخ قبل العلم بالفسخ؟ قولان، **أحدهما**: ينعزل وهو الأصح، **والثاني**: لا ينعزل وبه قال أبو حنيفة وقال: إن بلغه الخبر من عدل رجلاً كان أو امرأة انعزل وإن بلغه من فاسق لم ينعزل وإن بلغه من فاسقين انعزل، وعند أبي يوسف ومحمد كيف بلغه الخبر انفسخ حتى قال: لو بلغه ذلك من صبي انفسخ، وعندنا لا اعتبار بقول الصبي والفاسق أصلاً على القول وهذا غلط لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق. ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان بناء على وكيل القصاص إذا قتل بعد عفو الموكل قبل العلم بالعفو هل تلزمه الدية؟ قولان.

فرع آخر

[٦٥/ب] إذا نسخ الله تعالى حكماً وعلم بها رسوله هل يكون نسخاً في حق من لم يعلم من أمته؟ فيه طريقان أحدهما فيه وجهان كالوكالة سواء. والثاني لا يكون نسخاً في حقهم وبه قال أبو حنيفة لأن أمر الشريعة يتضمن تركه المعصية ولا يجوز أن يكون عاصياً مع جهله به، وفي الوكالة يتضمن إبطال التصرف فلا يمنعه عدم العلم كما لو مات الموكل ولم يعلم بموته ينعزل الوكيل بلا خلاف.

فرع آخر

لو وكل بالخصومة بمسألة الخصم أو بالطلاق بمسألة المرأة أو بالخلع بمسألتها عزله وقال أبو حنيفة: تلزم الوكالة وليس له عزله أصلاً وهذا غلط قياساً على سائر الوكالات.

فرع آخر

إذا قلنا: ينعزل قبل العلم لو باع فلم يصح البيع فسلم إلى المشتري هل يصير ضامناً للسلعة؟ قال القاضي الطبري: رأيت المحصلين من أصحابنا لم يزيدوا على بطلان التصرف ولم يتعرضوا لذكر الضمان. ورأيت بعض أصحابنا في الكلام مع المخالف سلم أنه إذا سلمها إلى المشتري ضمن، وحجته أن الشافعي رحمة الله عليه قال في الوكيل: إذا قتل بعد العفو قبل العلم بالعزل تلزمه الدية والكفارة فلما صح العفو جعل النفس مضمونة عليه كذلك

ها هنا. فإن قيل: فإذا تلفت سلعة في يده بعد عزله وجب أن تكون مضمونة عليه قيل: أمانته لا تبطل إلا بتعد من جهته فأما فسخ الوكالة وعزله لا يبطل أمانته وإنما يبطل به تصرفه. ويمكن أن يتسلّم يقال: إن تسليم السلعة من حكم التوكيل فوجب أن لا يجوز ويتغير حكمه بفسخ الكتابة بالوكالة كالبيع ويفارق إمساك السلعة وتلفها في يده، فإن ذلك من حكم الأمانة فإن الوكيل قبضه قبض المودع فلا يلحقه الفسخ وإنما الفسخ يلحق عقد الوكالة في التي انعقدت بالقول.

فرع آخر

فسخ الوكالة أن يقول: فسخت الوكالة، أو نقضتها، أو عزلتك، أو صرفتك عنها، أو أزلتك عنها، ونحو ذلك من الألفاظ التي تقتضي ذلك وتصرح بمعناه. وأما ما تنفسخ به الوكالة حكماً فالموت والجنون والإغماء، أمّا الموت فيبطل أملاكه ويمنع وقوع التصرف له. وأما الجنون والإغماء [٦٦/أ] فتثبت عليه الولاية ويبطل تصرفه بنفسه فيبطل إذنه. ولا فرق بين أن يوجد ذلك فيهما أو في أحدهما.

فرع آخر

لو جن الموكل ولكنه عرف أنه يفيق سريعاً قبل أن يولى عليه ظاهر المذهب بطلان الوكالة. وقال ابن سريج: لا تبطل خاصة إذا كان مألوفاً لأن قصور مدته وسرعة إفاقته جعله عفواً.

فرع آخر

قال القاضي أبو علي الزجاجي: إن كان الإغماء مما يطول بطلت الوكالة. وإن كان مما يغرب عقله ويفيق عن قريب لا يبطلها. وإن طرقه ذلك أول مرة ثم أفاق بعد مدة يسيرة فيه قولان وأراد وجهان. ولو ناما أو أحدهما أو مرضا أو أحدهما فالوكالة بحالها طال أو قصر.

فرع آخر

لو حجر على الموكل لسفه بطلت وكالته لأنه انقطع تصرفه لنقص فيه كالمجنون، ولو كانت الوكالة بالطلاق أو الخلع لا تبطل الوكالة بالحجر عليه لأنه يملك التوكيل فيها بعد الحجر. ولو جن بعد الوكالة بالخلع أو الطلاق تزول الوكالة بالجنون لأنه لا يملك التوكيل فيه بعد الجنون.

فرع آخر

لو حجر عليه لفلس فإن كان وكل في بيع شيء بعينه انفسخ، وإن كان وكله في الخصومة أو في شراء شيء في الذمة لم ينفسخ لما ذكرنا.

فرع آخر

لو فسقا أو أحدهما نُظر فإن كانت الوكالة فيما لا يفتقر إلى العدالة كالخصومات والمعاوضات فالوكالة بحالها. وإن كانت فيما يفتقر إلى العدالة كالنكاح فإن كان التوكيل في إيجاب النكاح زالت الوكالة على المذهب الصحيح. وإن كانت في قبول النكاح فإن فسق الموكل فهي بحالها. وإن فسق الوكيل زالت الوكالة لأن الفاسق يقبل النكاح لنفسه ولا يقبل لغيره في ظاهر المذهب، وهذا أصل متى افتقر التصرف إلى عدالة زال بزوالها كتصرف الولي والحاكم وأمينه والولي في النكاح ومتى لم يفتقر التصرف إلى العدالة لم يزل بزوالها.

فرع آخر

لو وكله في بيع عبد ثم باعه أو أعتقه بطلت الوكالة، وكذلك لو وكله في نقل زوجته ثم طلقها بطلت الوكالة لتعذر [٦٦/ب] التصرف.

فرع آخر

لو وكل زوجته أو وكلت زوجها ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن الطلاق قطع عقد فلا ينقطع غيره بانقطاعه، كما لو ابتاع منها شيئاً ثم طلقها. ولو كانت الوكالة في طلاقها فطلقها زالت الوكالة ولو كانت الوكالة في التزوج بها فتزوج الموكل زالت الوكالة حتى إن طلق ليس له أن يتزوج بوكالته.

فرع آخر

لو وكل زوجة الغير لا تجوز الوكالة إلا بإذن زوجها لأن الزوج مالك الاستمتاع بها وله منعها من الخروج لتصرفها. ولو وكلها بإذن الزوج جاز فيما سوى النكاح وفي الطلاق وجهان على ما ذكرنا. ولو توكلت ثم طلقها زوجها كانت الوكالة بحالها.

فرع آخر

لو وكل عبده ببيع شيء أو شراءه ثم أعتقه فيه وجهان أحدهما، تبطل الوكالة وهو

اختيار ابن سريج رحمه الله لأنها من جهة السيد أمر بدليل أنه يلزمه امتثاله فيطل بالعتق كسائر أوامره. **والثاني**: لا تبطل كما لو زوجته ثم طلقها. ولو كان هذا العبد وكيلاً لغيره فأعتقه لا تبطل الوكالة بلا إشكال، وقال ابن سريج: ها هنا أيضاً وجهان، والأشبه أنها لا تبطل لأن عقد الوكالة حصل من جهة غير السيد وملك الموكل لم يزل وإنما زال ملك غيره.

فرع آخر

لو قال لعبده: إن شئت توكل لفلان فقبل الوكالة ثم أعتقه لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن قبولها كان باختيار العبد ولم يكن بأمر من جهة السيد. وكذلك لو قال له: بع هذا الثوب إن شئت ثم أعتقه لا يبطل الإذن ذكره ابن سريج وقال: مسألة الوجهين إذا قال: توكل لفلان إن وكلتك ولم يقل: إن شئت.

فرع آخر

قال ابن سريج: وكذلك لو باعه فالحكم فيه كالحكم في العتق. وقال في «الحاوي»: بطلت الوكالة وجهاً واحداً لأن المشتري ملك منافعه. قال: فإن جدد له المشتري إذناً بالوكالة المتقدمة هل يحتاج إلى تجديد إذن من الموكل؟ وجهان أحدهما لا يحتاج وبه قال ابن سريج لأن المانع من الوكالة حق المشتري وارتفع بحدوث إذنه وحده، والثاني [٦٧/أ] وهو الأصح يحتاج إلى إذنه لأن بطلانها رفع سببها فلا تصح إلا بالتجديد.

فرع آخر

لو وكل صبياً لم تصح وكالته سواء كان يعقل أو لا يعقل، وكذلك لو وكل الصبي رجلاً لم يجز. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك بإذن الولي.

فرع آخر

الكافر هل يجوز أن يكون وكيلاً في طلاق مسلمة؟ وجهان أحدهما يجوز لأنه يملك الطلاق. والثاني لا يجوز لأنه لا يملك طلاق مسلمة.

فرع آخر

لو وكل رجلاً بالخصومة ثم عزله ولم يعلم به الوكيل فجاء رجل وادعى على موكله ديناً وأقام البينة عليه وحكم الحاكم به نفذ حكم الحاكم سواء قلنا: انعزل الوكيل أو لم ينعزل لأن صحة الحكم لا تفتقر إلى حضور الخصم ويجوز القضاء على الغائب.

فرع آخر

لو قدم الوكيل رجلاً وادعى عليه وأقام شاهدين فحكم الحاكم وكان قد عزله قبل التثبيت قال القاضي الطبري: الذي عندي أنه لا يصح الحكم إذا قلنا: صح العزل لأن الدعوى إذا لا تصح لم يصح الحكم للمدعي.

فرع آخر

لو قال لوكيله: كلما عزلتك فأنت وكيلي من الرأس لا يصير بهذا وكيلاً بعدما يعزله خلافاً لأبي حنيفة لأنه تعليق بالصفة. وقيل: لو تصرف ها هنا بعد العزل هل يجوز؟ وجهان.

فرع آخر

لو ادعى رجل الوكالة في المخاصمة وصدقه الخصم فمذهب الشافعي أنه لا يقبل الحاكم ذلك منهما ولا يسمع تخاصمهما لما فيه من إثبات الحجة على صاحبهما، وقال ابن سريج: يقبل الحاكم ذلك منهما ويسمع تخاصمهما لأن إقرار الوكيل على الموكل غير مقبول فلم يكن فيه إضرار به، وإنما هو إقامة بينة على المطلوب يجوز مع حضور الموكل وغيبته.

فرع آخر

لو وكله في مخاصمة كل خصم له جاز، وفيه وجه آخر لا يجوز لأنه قد تقل الخصومات ويكثر فيكثر الضرر. ولو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له هل تصح الوكالة؟ وجهان أحدهما وهو قول البصريين لا تصح لأنه يتضمنها الجهالة بالموكل فيه وإنها على غير شيء في الحال، والثاني وهو قول البغداديين وأهل [٦٧/ب] العراق تصح لأن الوكالة من العقود الجائزة فلا تبطل بالجهالة وكالوصية تجوز بالحادث المجهول.

فرع آخر

لو وكل وكيلين على الاجتماع والانفراد ثم عزل أحدهما ولم يعين فيه وجهان: أحدهما أن كل واحدٍ منهما على جواز تصرفه ما لم يعلم أنه المعزول بعينه. **والثاني**: أن كل واحدٍ منهما معزول من التصرف خوفاً من أن يكون هو المعزول بعينه.

فرع آخر

لو وكل عشرة نفرٍ ثم قال: عزلت أكثركم فأقله ستة، ولو وقع الوكالة مجتمعاً ثم عين الستة هل لمن بقي التصرف في ذلك الشيء؟ وجهان.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في استيفاء مالي على زيد يجوز أن يستوفيه من وارثه إذا مات، ولو قال: وكلتك في استيفاء مالي من زيد لم يجز أن يستوفيه من وارثه، والفرق أنه إذا قال: ما على زيد يتوجه إلى المال، وإذا قال: من زيد يتوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه.

مسألة: قال: فَإِنْ ثَبَتَ فَأَقَرَّ عَلَى مُوَكِلِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِقْرَارُهُ.

وهذا كما قال: إذا وكله بالخصومة لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يوكله بها وينهاه عن غيرها، أو يوكله بها وبغيرها. أو يوكله بها مطلقاً فإن وكله بها ونهاه عن غيرها مثل أن يقول: وكلتك بالخصومة وتثبيت الحق وقبضه ونهيتك عما سواه لم يكن له التصرف إلا فيما نص عليه بلا خلاف. وإن وكله بها وبغيرها فقال: وكلتك بالخصومة وتثبيت الحق وقبضه والصلح والإبراء كان له التصرف في كل ما وكله فيه. ولو وكله بالإقرار اختلف أصحابنا فيه.

قال أبو إسحاق: لا يصح التوكيل به لأن إقرار الوكيل إخبار عن الغير بما يجب عليه وذلك لا يجوز في الشريعة إلا على طريق الشهادة، ولأن قوله: أقر عني معناه: إذا أقررت عني فقد لزمني المال فلا يجوز الإقرار معلقاً بصفة. وقال غيره من أصحابنا: يصح التوكيل لأن الشافعي قال: لم يلزمه إقراره لأنه لم يوكله بالإقرار ولا بالصلح ولا بالإبراء فدل على أنه إذا وكله به يصح وتقديره أخبر عني أن له عليّ كذا فيجوز ذلك وهذا إذا قال: أقر عني فأما إذا قال: أقر بكذا فليس بشيء لأنه [٦٨/أ] أمره بأن يقر على نفسه فإذا قلنا: يجوز اختلفوا فمنهم من قال: إن عيّن له مقداره وصفته صح التوكيل به، وإن أطلق لا يصح لأنه لا يدري بأي مقدار يقر عليه وهو اختيار الإصطخري وابن أبي هريرة، وعلى هذا لو قال الموكل: كل ما أقر به الوكيل عليّ فهو صادق فيه لم يلزمه ما أقر به الوكيل للجهالة، ومن أصحابنا من قال: يصح مطلقاً فما صح عنده أنه يجب عليه فإنه يقر به ويحكم عليه بذلك، ووجهه أنه لما صح أن يقر بمعلوم ومجهول ويرجع في تفسيره إليه كذلك يصح أن يوكل فيهما.

وقال صاحب «الإفصاح»: إذا قال: أقر عني لفلان بمائة دينار يحتمل أن يقال: إن ذلك إقرار منه ويحتمل أن لا يكون إقراراً منه لأنه ليس بصريح ولأن الإقرار أن يخبر عن نفسه، فأما إذا أمر غيره بالإخبار عنه فإنه لا يكون إقراراً. فأما إذا قال: أقر عني لفلان ولم يبين ما يقر به لا يكون إقراراً منه، ومن أصحابنا من قال: يحتمل أن يكون ذلك إقراراً منه ويرجع في تفسيره إليه فحصل في هذه المسألة خمسة طرق:

أحدها: أن التوكيل بالإقرار لا يصح ولا يكون إقراراً من جهته وهو اختيار أبي إسحاق وابن سريج.

والثاني لا يصح التوكيل به ولكن يكون إقراراً من جهته إن كان وكله بالإقرار بمال معلوم، وإن وكله بالإقرار بالمجهول لم يكن إقراراً منه وهو اختيار صاحب «الإفصاح».

والثالث: يستوي المعلوم والمجهول ويكون إقراراً من جهته ويرجع في المجهول إلى تفسيره.

والرابع يصح التوكيل بالمعلوم وإذا أقر عليه الوكيل لزمه ولا يصح التوكيل بالمجهول.

والخامس يجوز التوكيل بالمعلوم والمجهول، وأما إذا قال: أقر عني لفلان بألف درهم عليّ أو قال: فإنه واجب عليّ فهذا إقرار منه لا يختلف أصحابنا فيه. وإن وكله مطلقاً بالخصومة لا يملك الإقرار عنه ولا الإبراء ولا الصلح ولا قبض الحق لأنه ما وكله فيه والخصومة ضد هذه الأشياء، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وزفر. وقال أبو حنيفة ومحمد: يقبل إقراره على موكله في مجلس الحكم دون غيره وعن أبي يوسف [٦٨/ب] روايتان إحداهما مثل قولنا، والثانية يملكه في مجلس الحكم وغيره.

فرع

لو وكله في الإبراء فإن لم يذكر المبرأ ولا القدر لا يصح التوكيل. وإن ذكر صحت الوكالة ولا يبرأ ما لم يبرئه الوكيل وجهاً واحداً وهذا لأن الإبراء إن كان هبة فالتوكيل في الهبة يجوز كالطلاق وفيه وجه آخر يجوز مطلقاً وإن لم يذكر القدر.

فرع آخر

لو وكله في إبراء نفسه من حق موكله لم يجز لأنه يصير نائباً لنفسه. وفيه وجه آخر يجوز كما لو قال لها: طلقي نفسك وهذا هو المذهب لأنه إسقاط حق وليس بعقد وكالة ولهذا يحتاج أن يبرئ نفسه في الحال، وإن أخره لم يصح ولا فرق بين أن يقول: أمرتك أن تبرئ نفسك من الدين الذي عليه، أو وكلتك أن تبرئ غرمائي وتبرئ نفسك إن شئت، أو قال لصاحب الدين: وكلني فيه فقال: ذلك إليك.

فرع آخر

لو وكله أن يصالح عن نفسه فيه وجهان كما قلنا في التوكيل لإبراء نفسه وهذا إذا عين

له ما يصالح عليه. فإن أطلق لا يجوز له أن يصالح إلا على شيء يبلغ قيمته قدر الدين، ولو قال: صالح على ما شئت يجوز له أن يصالح على كل وجه.

فرع آخر

لو وكل المدعى عليه بصلح الخط اجتهد الوكيل في تقليل المصالح عليه والاستنقاص ما أمكن ثم على أي قدر وقع الصلح جاز.

فرع آخر

لو وكله أن يهب لزيد ما رأى من أمواله لم يجز للجهل به، ولو وكله في هبة شيء معلوم بعينه يجوز، ولو وكله في هبة ذلك لنفسه كان على الوجهين.

فرع آخر

إذا وكله في قبض حقه من زيد فأنكر زيد الحق هل للوكيل مخاصمته وإثبات الحق؟ وجهان أحدهما ليس له وبه قال أبو يوسف ومحمد ورواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة كما لو وكله في تثبيت الحق ليس له قبضه لأنه لم يوكله بذلك، والثاني له ذلك وبه قال أبو حنيفة لأن تحت التوكيل بالقبض توكيلاً بالتوصل إليه وعلى هذا قال ابن سريج: لو وكله في قسمة دار فتوزع في أصلها له مخاصمته.

فرع آخر

لو أقر الوكيل على الموكل لا يقبل ويصير به خارجاً عن الوكالة. ولو أبرأ لا يصح الإبراء ولا يصير به خارجاً عن الوكالة والفرق أن [٦٩/أ] في ضمن إقراره أن موكله ظالم في مطالبته بخلاف الإبراء.

فرع آخر

لو قال الموكل: كل ما أقر به الوكيل عليّ فهو صادق فيه لم يلزمه ما أقر به الوكيل للجهالة.

فرع آخر

لو عدل الوكيل شهود خصم الموكل لا يقبل تعديله ووافقنا فيه أبو حنيفة وقال أصحابنا: وعندنا تعديل أحد الخصمين بينة خصمه غير مقبول أيضاً إلا أن يكون هو من أهل التزكية وتعديل الشهود فيصح إلا أن يقول: هما عدلان عليّ فيما شهدا فحينئذ يكون هذا إقراراً.

مسألة: قال: فَإِنْ وَكَّلَهُ بِطَلَبِ حَدٍّ لَهُ.

الفصل

وهذا كما قال: الوكالة جائزة في تثبيت القصاص وحد القذف في قول الكافة. وحكي عن أبي يوسف أنه قال: لا يجوز ذلك وهذا غلط لأنها وكالة في تثبيت حق فجاز كالتوكيل في إثبات سائر الحقوق. وأما في حدود الله تعالى فلا تتصور الدعوى والطلب والتوكيل. وأما الوكالة في استيفاء القصاص وحد القذف يجوز بحضرة الموكل قولاً واحداً وذلك نيابة كنيابة الجلاد والحداد. وهل يجوز بغيبة الموكل؟

قال الشافعي: ها هنا لم أحد له ولم أقر حتى يحضر المحدود له والمقتص له. وقال في باب القصاص بالسيف: ولو أذن له فجيء به ثم عفا الولي عنه فقتله الوكيل فيه قولان: **أحدهما**: لا شيء عليه **والثاني**: لا قود عليه ولكن عليه الدية والكفارة، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق:

قال أبو إسحاق: يجوز أن يوكل في استيفائه بحضرته وغيبته قولاً واحداً وقصد بما قال ها هنا ضرباً من الاحتياط والاستحباب لا أنه منع التوكيل في غيبته وهو المنصوص في باب الشهادة على الجناية في آخر الكتاب قال: وتجوز الوكالة في تثبيت البينة على القتل عمداً أو خطأ، فإن كان القود لم يدفع إليه حتى يحضر الولي أو من يوكله بقتله فيكون له قتله فأخبر أن حضور وكيله بمنزلة حضوره وهذه الطريقة اختيار القاضي أبي حامد والقاضي الطبري وبه قال مالك رحمه الله.

ووجهه أن كل ما جاز توكيله في استيفائه بحضرة الموكل جاز في غيبته كسائر الحقوق ومن أصحابنا من قال: [٦٩/ب] قولاً واحداً لا يجوز ذلك لأنه ربما يعفو أو يكذب البينة فيحرم قتله، وإذا كان غائباً لا يمكنه استدراكه ومن قال بهذا تأول ما قاله في باب القصاص على أنه تنحى به لئلا يترشش عليه الدم ولم يغب عنه، وذكر القاضي الطبري في «المنهاج» أن هذا هو المذهب الصحيح وبه قال أبو حنيفة.

وقوله: لأنه قد يقر له معناه قد يقر بمثل ما يقوله المشهود عليه أنه غير قاذف أو غير قاتل وعلى هذا لو كان قد وكله في ابتداء الأمر بالاستيفاء بعد التثبيت فليس للوكيل الاستيفاء بذلك التوكيل المتقدم حتى يجدد له إذناً والمسألة محتملة وبه قال أبو حنيفة وهذا لا يصح لأن الأصل عدم العفو وكان خلفاء الرسول ﷺ ورضي الله عنهم يحكمون في البلاد مع جواز النسخ لأن الأصل عدمه ويجوز إمضاء الحكم في القصاص مع غيبة الشهود والحاكم، ويجوز رجوع الشهود وتغير اجتهاد الحاكم. ومنهم من قال: فيه قولان وهذا

اختيار صاحب «الإفصاح» فإذا قلنا: لا يجوز فوكل واقتص الوكيل بغيبته وقع القصاص موقعه ولكن لم يستوفه بوكالة صحيحة. وإذا قلنا: يجوز فوكل واقتص بغيبته وكان بعد العفو قبل العلم قد ذكرنا قولين فإذا قلنا: يلزم الدية ففي صفة الدية وجهان:

قال أبو إسحاق: دية عمد محض في ماله حالةً، وقال ابن أبي هريرة: دية عمد الخطأ مؤجلة على العاقل وإذا قلنا: لا دية ففي وجوب الكفارة وجهان، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: إذا وكله في إثبات القصاص له استيفاؤه ما لم ينه عنه وهذا غلط لأن الإثبات غير الاستيفاء وينفرد عنه فلا يجوز أن يكون التوكيل بأحدهما توكيلاً بالآخر. وأما حدود الله تعالى إذا ثبتت فللإمام أن يستوفيها بنفسه وله أن يوكل في استيفائها ويصح التوكيل فيه بحضرة الإمام وغيبته قولاً واحداً لأن النبي ﷺ قال في خبر المتساوقين: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[1]. وأمر برجم ماعز بن مالك بغير حضرته ولأنه لا معنى لاشتراط حضور الإمام لأن الحق ليس له ولا يجوز عفوه عنه ولا يسقط بقوله. [٧٠/أ]

مسألة: قال: وَلَيْسَ لِلْوَكِيْلِ أَنْ يُوَكِّلَ إِلاَّ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ المُوَكِّلُ[2].

وهذا كما قال: إذا وكل رجل رجلاً في تصرفٍ لا يخلو من أحد أمرين إما أن يطلق التوكيل، أو يفوض إليه أن يوكل غيره فإن قال: وكلتك فيه ولم يزد عليه نُظر فإن كان مما يمكن أن يتولاه بنفسه لم يكن له أن يوكل فيه غيره لأنه رضي بأمانته فلم يكن له تفويضه إلى غيره كما لو أودعه وديعة كان عليه حفظها وليس أن يودعها عند غيره.

وقال ابن أبي ليلى: له أن يوكل كما للوصي أن يوكل وهذا غلط لما ذكرنا، والفرق بينه وبين الوصي أنه يتصرف بنوع ولاية لأن له التصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه بخلاف الوكيل. ولأن الوصي لا يملك أن يوصي إلى غيره فكذلك الوكيل لا يوكل. وإن كان مما لا يمكن أن يتولاه بنفسه ولا بد من معونة غيره جاز له التوكيل فيه وجهاً واحداً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان أحدهما يجوز كعامل القراض. والثاني وهو الأصح لا يجوز لأنه غير مأذون فيه. وهذا غلط لأنه يقتضيه العرف والعادة لعلمه أنه لا يمكنه القيام به.

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود، باب الاعتراف بالزنا (٦٨٢٨) ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٨) والترمذي في الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجم على الثيب (١٤٣٣).

(٢) انظر «**الحاوي الكبير**» (٦/٥١٨).

ثم هل له أن يوكل في جميع ما فوض إليه أو يوكل في القدر الذي لا يمكنه القيام فيه بنفسه؟ وجهان أحدهما يجوز في جميعه لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه فجاز في جميعه كما لو أذن له في التوكيل لفظاً. والثاني لا يجوز إلا في قدر ما لا يمكنه التصرف فيه بنفسه لأنه يجوز التوكيل للحاجة فاختص بما دعت إليه الحاجة، بخلاف ما إذا صرح بإطلاق التوكيل. وهذا إذا كان ممن لا يتصاون عن الأسواق ولا يتولى التصرف بنفسه يجوز له التوكيل فيه بكل حالٍ لأن إذنه له في التصرف مع علمه بحاله إذن له في التوكيل.

وهكذا إذا كان العمل مما لا يباشره الوكيل في العادة ذكره القاضي الطبري وغيره. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه لا فرق وإن كان قد جعل إليه أن يوكل غيره فيه كان له التوكيل في جميع الأحوال إلا أنه إن قال له: وكّل عني أو وكّل رجلاً على أن يكون وكيلي فإذا وكله يكون [٧٠/ب] وكيلاً للموكل دون الوكيل فينعزل بموت الموكل ولا ينعزل بموت الوكيل. ولو قال: جعلت إليك أن توكل وأطلق فإذا وكل يكون وكيلاً للوكيل دون الموكل فينعزل بموت الوكيل وموت الموكل جميعاً. وكذلك إذا صرح وقال: وكل عن نفسك. فإن قيل: أليس لو أوصى إلى رجل وأذن له أن يوصي عن نفسه لا يجوز ذلك فما الفرق؟ قلنا: إذا أذن للوصي أن يوصي عن الموصي جاز، وإن أذن له أن يوصي عن نفسه فيه قولان والأصح أنه يجوز، وإن سلمنا فالفرق أن الوصاية نوع ولاية فلا يثبت من جهة من يتصرف بالتولية والوكالة تصرف بالإذن فجازت من جهة من يتصرف بالإذن.

وقال في «الحاوي»: إذا أطلق وقال: أذنت لك بالتوكيل فإن عين له من يوكله كان الثاني المعين وكيلاً للموكل دون الوكيل الأول لأن في التعيين تنبيهاً عليه، وإن لم يعينه فيه وجهان أحدهما يكون وكيلاً للموكل كالوكيل الأول لا ينعزل بعزل الأول، والثاني، يكون وكيلاً للوكيل ينعزل بعزل الأول وكذلك ينعزل بأن يعزله الوكيل الأول وقال بعض أصحابنا بخراسان: وكيل الوكيل هل ينعزل بموت الواسطة؟ وجهان أحدهما وهو الأصح وظاهر مذهب الشافعي أنه لا ينعزل، والثاني وبه قال المزني أنه ينعزل لأنه استفاد الإذن من جهته وكذلك هل ينعزل بجنونه وإغمائه؟ وجهان وهذا غريب.

وقال أيضاً: هل ينعزل الوكيل الثاني بعزله الوكيل الأول؟ وجهان أحدهما لا ينعزل لأنه لم يوكله بالعزل ويخالف هذا وكيل العامل في القراض ينعزل بعزله لأنه لا يحتاج العامل في هذا التوكيل إلى إذن رب المال بخلاف الوكيل ها هنا فإنه يحتاج إلى إذن الموكل في التوكيل.

فرع

لو وكله وكالة جامعة في خصومةٍ وقال: أذنت لك في جميع ما صنعت فيها ففي توكيل الوكيل غيره قولان **أحدهما**: يجوز لدخوله في جملة ما وكله، **والثاني**: لا يجوز لأن اسم الوكالة بالخصومة وإن كانت جامعة يقتضي توكيل الوكيل في ذلك بنفسه دون غيره وقيل: فيه وجهان [٧١/أ] ذكره ابن سريج رحمه الله وهذا أصح.

فرع آخر

إذا قلنا: يجوز له أن يوكل فإن قال: وكلتك عن الموكل أو أطلق كان وكيلاً للموكل. فإن قال: وكلتك عن نفسي كان وكيلاً له والحكم على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو قال للوكيل بالبيع: جعلت إليك أن توكل من رأيت فعلى الوكيل إذا أراد التوكيل أن يختار ثقة أميناً كافياً فيما يوكل فيه. فإن وكل ثقةً أميناً ثم حدث فسقه هل يجوز له عزله قبل استيقان الموكل في عزله؟ وجهان أحدهما ليس له لأنه وكل غيره حتى يستأذنه في عزله، والثاني له ذلك لأن إطلاق الإذن يقتضي توكيل ثقةٍ عدلٍ.

فرع آخر

إذا قلد الإمام رجلاً أن يحكم في ناحيةٍ من النواحي بين أهلها فإن كان يمكنه النظر فيها بنفسه لم يجز له أن يقلد الحكم غيره ويستنيب عن نفسه غيره إلا بإذنه. وإن كان العمل كثيراً لا يمكنه أن ينظر فيه بنفسه له أن يقلد فيما لا يمكنه أن ينظر فيه بنفسه وفيما يمكنه النظر بنفسه هل له أن يقلد فيه وجهان على ما ذكرنا.

مسألة: قال: وَإِنْ وَكَّلَهُ بَيْعُ مَتَاعِهِ فَبَاعَهُ فَقَالَ الوَكِيْلُ: قَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ الثَّمَنَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا وكله ببيع سلعةٍ فقال: بعتها وقبضت ثمنها وتلف في يدي فصدقه على البيع والقبض وأنكر التلف فالقول قوله في التلف وللموكل أن يستحلفه، وهكذا المودع والمضارب والشريك والمرتهن. وإن قال: دفعت إليك ثمنها أو رددت عليك السلعة فإن كانت الوكالة بغير أجرة فالقول قوله مع يمينه وإن كانت بأجرة هل يقبل قوله مع يمينه؟ وجهان وهكذا المضارب والشريك والأجير المشترك إذا ادعوا رد المال على هذا الخلاف لأن كل هؤلاء يتصرفون بعوض. وأما المرتهن أو المستأجر إذا ادعى رد العين المرهونة أو

المستأجرة لا يقبل إلا ببينة والفرق بينهما [٧١/ب] وبين الوكيل والشريك والأجير المشترك أن هؤلاء لا حَقّ لهم في العين فقبل قولهم في الرد على أحد الوجهين، وللمرتهن والمستأجر حق في العين فلم يقبل قولهما في الرد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يقبل قول المرتهن في الرد أيضاً لأن يده يد أمانة وهذا ضعيف. وأما الوصي إذا ادعى رد ما في يده إلى اليتيم بعد بلوغه لا يقبل لأنه لم يأتمنه اليتيم وقاس أصحابنا على هذا الملتقط إذا ادعى رد اللقطة على صاحبها، وإذا أطارت الريح ثوباً فألقته في داره فادعى رده على صاحبه لا يقبل قوله، وإذا ادعى رد الوديعة إلى ورثة المودع بعد موته أو ادعى رد مال المضاربة إلى ورثة رب المال. ومن أصحابنا من قال: يقبل قولهم في ذلك لأنهم أمناء وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] فلو كان يقبل قوله في الرد لما أمر بالإشهاد.

فرع

لو ادعى التصرف وأنكره الموكل فقال: قد بعت وأنكر الموكل قد ذكرنا هذه المسألة وقد قال ابن سريج: فيه قولان **أحدهما**: لا يقبل نص عليه في الصرف والنكاح والرهن لأن هذا إقرار في حق الموكل بما يسقط به حقه ويبطل عليه ملكه فلم يقبل. **والثاني**: يقبل قوله نص عليه في «الرهن الكبير» وهو الأقيس لأنه يملك البيع فيملك الإقرار به كالموكل في ملك نفسه وكالحاكم في الحكم وهكذا الوكيل في النكاح إذا قال: زوجتها، فقال: ما زوجتها فعلى القولين وقيل: في هذه المسألة للشافعي قولان. ولأبي العباس ابن سريج وجهان فالقولان ما ذكرنا، وأما الوجهان أحدهما أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والإبراء يقبل قوله فيه لأنه يصح من الوكيل في الحال، وإن كان بخلافه لم يقبل إقراره به، والثاني وهو اختياره أن ما كان الإقرار به كإيقاعه قبل قوله فيه وما كان بخلافه لم يقبل وهذان الوجهان إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقياً على الوكالة فأما مع العزل فلا وجه له. وقال أبو حنيفة: يقبل إقرار الوكيل في الكل إلا في مسألة وهي إذا قال لوكيله: زوجني امرأة فأقر الوكيل أنه زوجها [٧٢/أ] له وادعت المرأة وأنكر الموكل العقد لا يقبل قوله لأنه إقامة البينة على النكاح لأنه لا يعقد إلا بحضرة البينة وهذا لا يصح لأن عنده ينعقد النكاح بشهادة فاسقين. ولا يثبت بهما.

فرع آخر

لو أمر وكيله بشراء عبد فقال الوكيل: اشتريته بألف وقال الموكل: اشتريته بخمس مائة فالقول قول الموكل وقال أبو حنيفة: إن كان الألف بيد الموكل فالقول قوله وإن لم يكن

بيده فالقول قول الموكل. وهذا غلط لأنه يقبل قوله في أصل الشراء فكذلك في قدر ثمنه هكذا ذكر في «الحاوي». وقال بعض أصحابنا: فيه قولان أيضاً والمشهور في كتبه أن القول قول الموكل، وهذا اختيار أبي حامد وفي هذا نظر عندي.

فرع آخر

إذا كان له قبل رجل مال فطالبه بإقباضه فقال: لا أسلم لك حقك حتى تشهد على نفسك بالقبض لم يخل من عليه الحق من أحد أمرين إما إن يكون ممن يقبل قوله على القابض في إقباضه أو لا يقبل، فإن كان يقبل كالمودع وغيره الذي ذكرنا فعليه تسليمه ولا يجب على القابض الإشهاد على نفسه بالقبض سواء ثبت عليه ذلك بالبينة أو بغيرها.

وقال القاضي الطبري: فيه وجهان أحدهما هذا وهو الصحيح لأن قوله مقبول في الرد فلا حاجة به إلى الإشهاد. والثاني وهو اختيار ابن أبي هريرة له الإشهاد ولا يصير ضامناً بمنعه إياه بذلك لأن له غرضاً صحيحاً وهو إسقاط اليمين عن نفسه إذا جحد صاحبه القبض وربما إذا حلف وافق قدر[1] فيقال بيمينه كما قال عثمان بن عفان رضي الله عنه: فيكون له غرضٌ في اليمين. وهذا أولى عندي. وقيل: هذا إذا كان الإشهاد ممكناً لا يؤدي إلى تأخير الحق، فإن كان يتأخر لتعذر الإشهاد ليس له منعه. وإن كان ممن لا يقبل قوله في الإقباض كالمستعير والمرتهن والغاصب ونحو ذلك فإن كان قد ثبت عليه بالبينة لم يلزمه تسليمه بغير بينة لأنه لا مخلص له منه إلا ببينة، وإن كان ثبوته عليه بغير بينه فعليه تسليمه وليس على القابض بينة وقيل: فيه وجهان أيضاً:

أحدهما: يلزمه تسليمه من غير بينة لأنه يمكنه أن يقول: أليس لك عندي شيء؟ ويكون جواباً صحيحاً [٧٢/ب] فيحلف عليه ويبرأ.

والثاني لا يلزمه إلا ببينة ليسقط عن نفسه اليمين عند الجحود وقيل: في الوكيل ثلاثة أوجه: **أحدها**: ليس له مطالبة الموكل بالإشهاد، **والثاني**: له ذلك، **والثالث**: وبه قال مالك رحمه الله إن كان قد قبض بالإشهاد له ذلك وإلا فلا.

فرع آخر

لو وكله بالإيداع هل يلزمه الإشهاد؟ وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه لأن القول قول المودع في الرد والهلاك، **والثاني**: يلزمه لأنه لا يأمن أن ينكر فيشهد عليه الشهود.

(١) سواد في الأصل فليحرر.

فرع آخر

لو قال الموكل: استوفيت الثمن من المشتري فادفع إليّ وقال الوكيل: ما استوفيت وكان مأذوناً في أن يسلم من دون استيفاء الثمن أو كان الثمن مؤجلاً فسلم المتاع ثم حل الأجل، فالقول قول الوكيل وبرأ المشتري بإقرار الموكل.

فرع آخر

لو قال الوكيل: دفعت الثمن إليك أيها الموكل وقال الموكل: لم تدفع وحلف الوكيل ثم رد المشتري المتاع بالعيب فإن شاء طالب بالثمن الموكل، وإن شاء طالب الوكيل إذ قد دفع إليه فإن طالب الموكل لم يرجع به على الوكيل لأن الوكيل أمين قد حلف مرة أني دفعت إليك، وإن طالب الوكيل لم يرجع على الموكل ونقول له: جعلناك أميناً وقبلنا يمينك حين أراد الموكل أن يغرمك فالآن أنت تريد أن تغرمه فيحلف الموكل أنه ما قبض منك الثمن ويبرأ ذكره القفال رحمه الله.

مسألة: قال: فَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ الثَّمَنَ فَمَنَعَهُ مِنْهُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع الوكيل ثم جاء الموكل فطالبه بالثمن فمنعه لا يخلو إما أن يكون له عذر أو لا عذر له فإن كان له عذر مثل أن يكون حاقناً فقال: حتى أتطهر أو خاف فوت الصلاة أو الجماعة أو الجمعة، أو كان مشغولاً بشراء أو بيع يلحقه الضرر بتركه فقال: حتى أفرغ من ذلك أو كان ذلك بالليل فقال: هو في الدكان فإذا أصبحنا دفعته إليك فإنه معذور ولا يصير ضامناً بمنعه إياه. وإن لم يكن له عذر فمنعه صار ضامناً فإن تلف في يده وجب عليه مثله أو قيمته. فإن ادعى دفعه إليه بعد ذلك لم يقبل قوله من غير بينة، وإن منعه منه وكان قد تلف قبل المنع ولم يعلم به وثبت ذلك بالبينة هل يضمنه؟ فيه وجهان [٧٣/أ].

أحدهما: لا يضمن لأنه قد تلف وهو أمانة فلا يصير مضموناً بعد التلف إذ لم يوجد سبب الضمان عند بقائه وهو الأصح.

والثاني: يضمن وبه قال ابن سريج كالوديعة عنده يضمن باعتقاد الامتناع من الرد وهذا لأنه لما منعه مع القدرة علمنا أنه كان يمسكه لنفسه. ولو طالبه بالرد فوعده به ثم أخره مع الإمكان ثم ادعى أنه كان قد تلف قبل مطالبته أو قال: كنت رددته قبل مطالبته ونسيت لم يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك هل تسمع بينته؟ وجهان واختيار القاضي الطبري أنه لا يسمع لأن قوله يكذب بينته فإنه كان وعده بدفعه إليه.

مسألة: قال: وَلَو قَالَ صَاحِبُهُ: قَدْ طَلَبْتُهُ مِنْكَ فَمَنَعْتَنِي فَأَنْتَ ضَامِنٌ فَهُوَ مُدَّعٍ أَنَّ الأَمَانَةَ تَحَوَّلَتْ مَضْمُونَةً فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ وَعَلَى المُنْكِرِ اليَمِيْنُ.

وهذا كما قال: إذا ادعى على وكيله أنه طالبه برد المال الذي بيده وامتنع من الرد مع الإمكان وأنكر الوكيل ذلك فإن كان للموكل بينة وجب على الوكيل الضمان. وإن لم تكن له بينة فالقول قول الوكيل مع يمينه فإذا حلف كان على أمانته. وإن نكل حلف الموكل بالله تعالى: لقد طالبته به فمنعه من غير عذر وصار الوكيل ضامناً فإن كان المال قد تلف في يده غرم ضمانه. ولو قال: طلبت مني ولكني ما تمكنت من الرد وقال الموكل: تمكنت من الرد فالقول قول الوكيل أيضاً. ولو منعه منه ثم جاء به ليوصله إليه فتلف في الطريق ضمنه لأنه لا يخرج من الضمان حتى يوصله إلى مالكه، فإن ائتمنه المالك ذلك مرة أخرى هل يصير أمانة؟ ذكرنا وجهين.

مسألة: قال: وَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِيْ فَقَبَضْتَهُ مِنِّي فَأَنْكَرَ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى على وكيله أنه دفع إليه ثوباً ليبيعه أو مالاً ليشتري له به ثوباً أو قال: سلمته إليك وديعة فأنكر لا يخلو إنكاره من أحد أمرين إما أن يقول: ما قبضت منك شيئاً أو يقول: ليس لك عندي شيء فإن قال: ما قبضت منك شيء فالقول قوله لأن الأصل معه. فإن قامت البينة بأنه قبضه علمنا بقيام البينة [٧٣/ب] كذبه وخيانته. فإذا قال بعد ذلك: تلف في يدي أو رددته عليك لم يقبل قوله لأنه قد ظهر تعديه وبطلت أمانته. فإن أقام البينة بأنه قد تلف في يده هل تقبل بينته؟ وجهان أحدهما لا تقبل لأنه لما أنكر القبض فقد كذب بينته فهو مقر بأن بينته كاذبة، والثاني تقبل وهو اختيار القفال لأنه أنكر القبض والبينة تشهد بالتلف. فعلى هذا يُنظر فإن شهدت البينة بتلفها بعد الجحود لا يسقط الضمان لأنه بالحجر صار ضامناً، له وإن شهدت بتلفه قبل الجحود فلا ضمان عليه، وإن شهدت البينة برده على صاحبه برئ. وإن لم تقم عليه بينة ولكنه أقر بعد الإنكار بأنه قبضه وادعى التلف لم يقبل منه لأنه كذب نفسه فقد بطلت أمانته هذا كله إذا قال: ما قبضت منك شيئاً.

فإن قال: ما لك عندي شيء ثم قامت البينة أنه قبضه منه ووكله ببيعه أو أقر بذلك ثم قال: كنت قبضته ولكن رددته عليه لو تلف في يدي فلا ضمان عليه لأن أحد قوليه ليس بتكذيب للآخر. فإن قيل: إذا ادعى عليه القبض والتوكيل فلم يسمع منه هذا الجواب قلنا:

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٦/ ٥٢٤).

من ادعى على رجل بيعاً أو غصباً أو قرضاً أو غير ذلك لا يلزمه أم يجيبه على لفظه فإذا قال: ما لك عندي حق يسمع جوابه لأنه يجوز أن يغصب ثم يشتريه، أو يكون له عليه دين لا يصل إليه من جهته فيغصبه منه أو يقبضه منه بالوكالة ثم يتلف فلا يكون له قبله حق فكان هذا الجواب مسموعاً ولم يكلف غيره، فإن أجابه على لفظه فقال: ما غصبت ولا استقرضت هل يحلفه على حسب جوابه أو يحتاط فيحلفه على أنه لا حق له عليه؟ ذكرنا وجهين.

مسألة: قال: وَلَوْ أَمَرَ المُوَكِّلُ الوَكِيْلَ أَنْ يَدْفَعَ مَالاً إِلَى رَجُلٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا دفع إلى رجل مالاً وأمره أن يقبض دينه فقال: قبضته وقال صاحب الدين: ما قبضت منه شيئاً فالقول قول صاحب الدين مع يمينه، فإذا حلف استحق الدين على الموكل ولا مطالبة له على الوكيل. وهل للموكل مطالبة الوكيل إذا لم يكن أشهد عليه؟ بيناه في كتاب الرهن والضمان.

وقال أبو حنيفة: إذا صدقه [٧٤/أ] الموكل لم يضمن الوكيل، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه. وقال ابن سريج: وهذا وجه لبعض أصحابنا كما يقبل قوله على موكله بالبيع والقبض في أحد القولين. وقال أبو حامد: هذا لا يشبه ذلك لأنه ها هنا مفرط بترك الإشهاد فلهذا ضمن بخلاف ذلك. ولو قال الوكيل: دفعت بحضرتك فلم يلزمني الإشهاد، وقال الموكل: لم تدفع بحضرتي فالقول قول الوكيل مع يمينه، كما لو ادعى الرد إليه وأنكر ذكره بعض أصحابنا قال: ولا يشبه هذا إذا أقر أنه باع وأنكر الموكل لا يقبل قوله في أحد القولين لأنه يثبت حقاً على موكله لغيره وها هنا يسقط عن نفسه الضمان بما ذكره فكان القول قوله مع يمينه.

مسألة: قال: وَلَوْ جَعَلَ لِلوَكِيْلِ فِيْمَا وَكَّلَهُ جُعْلاً.

الفصل

وهذا كما قال: إذا وكل رجل رجلاً ببيع متاعه بأجرة ذكرها في عقد الوكالة فباع ودفع الثمن ثم طالبه بالأجرة فقال الموكل: قد خنتني بمقدار الأجرة وأنكر الوكيل فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإنما تسمع دعواه إذا جعل مقدار الخيانة معلوماً فقال: أخذت ثمن السلعة كذا وكذا درهماً، ودفعت إليّ كذا فإذا حلف استحق الأجرة، فإن لم يحلف رددنا اليمين على الموكل، فإذا حلف استحق مقدار الخيانة وصار قصاصاً من الأجرة ولو قال: ما علمت

ما فوضت إليك فلا تستحق الجعل فعلى الوكيل إقامة البينة لأنه يدعي به عوضاً والأصل عدمه. وظاهر لفظ المزني أن ها هنا أيضاً القول قول الوكيل وليس كذلك وصورة مسألة المزني ما ذكرناه.

فرع

لو قال: ضاع الثمن قُبل قوله مع يمينه فإذا حلف برئ منه ويلزم له الأجرة على موكله لأن الأجرة مبذولة على عقد البيع وقد فعل ما يستحق به الأجرة فلم يسقط بتلف الثمن وهذا كما لو استأجر رجلاً ليعلم ابنه القرآن بأجرة معلومة فعلمه ثم مات الابن استحق الأجرة، وكذلك إذا استأجره ليرعى له غنمه شهراً فرعاها ثم تلفت كانت له الأجرة لأن الذي شرط له الأجرة عليه قد حصل [٧٤/ب] منه فكذلك ها هنا ويخالف الخياط أو الصباغ إذا تلف الثوب في يده لم تكن له الأجرة لأنه يحتاج أن يسلم العمل إلى المستأجر، فإذا لم يسلم العمل إليه لم يستحق الأجرة عليه بخلاف مسألتنا.

فرع آخر

إذا باع الوكيل بجعلٍ له مطالبة الموكل بالجعل قبل أن يتسلم الموكل الثمن لأن الأجرة مستحقة بالبيع ولا يشترط التسليم فيه.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في بيع مالي فإذا سلمت الثمن إليّ فلك كذا فإنه يقف استحقاق الجعل ها هنا على تسليم الثمن إليه لأنه شرطه في الاستحقاق بخلاف المسألة الأولى.

فرع آخر

لو دفع ثوباً إلى قصار فجحده القصار ثم جاء به مقصوراً هل له الأجرة أم لا؟ حكي أن أبا حنيفة أمر من سأل أبا يوسف عن هذا فقال: له الأجرة فقال ذلك السائل له: أخطأت فقال: لا أجرة له، فقال: أخطأت فجاء أبو يوسف أبا حنيفة وسأله عنها فقال: إن قصره قبل الجحود فله الأجرة وإن كان بعده فلا أجرة له. وأما عندنا إن قصره قبل الجحود فله الأجرة، وإن قصره بعد الجحود تخرج المسألة على جوابين بناء على قولي الشافعي فيمن أحرم عن غيره بإذنه ثم صرف الإحرام إلى نفسه لا ينصرف إليه ويصح عن الآمر وهل يستحق عليه الأجرة أم لا؟ فيه قولان.

أحدهما: يستحق لأنه وقع عن الآمر، **والثاني**: لا يستحق لأنه نواه عن نفسه وكان

عنده أنه يعمل لنفسه لذلك ها هنا عمل القصار لنفسه ووقع للمالك فيه الجوابان.

فرع آخر

قال أبو حنيفة: لو قال: أخذت من فلان كذا وديعة وقال المالك: بل غصباً فالقول قول المقر له أنه غصب. ولو قال: دفعه فلان إليّ وديعة، وقال المالك بل غصباً فالقول قول المقر فمن أصحابنا من قال: لا نقول بهذا التفصيل بل القول قول المقر في الموضعين. وقال القفال: عندي المذهب كما قال أبو حنيفة لأنه إذا قال: أخذت فقد أقر بأخذه وهو فعل من جهته وادعى على المقولة الإذن في الأخذ فالقول [٧٥/أ] قوله.

مسألة: قال: وَلَوْ دَفَعَ إِلَيهِ مَالاً يَشْتَرِيْ لَهُ بِهِ طَعَامَاً فَتَسَلَّفَهُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا دفع رجل إلى رجل دراهم وأمره أن يشتري به طعاماً فصرفها في بعض حوائجه، ثم اشترى لموكله طعاماً بدراهم من عنده فإن الشراء لا يلزم الموكل لأن وكالته قد بطلت بصرف دراهمه في حوائجه، فإن الوكالة متعلقة بها بعينها وأمره بالشراء بعين الدراهم، فإذا أتلف الدراهم بطلت الوكالة. وكذلك لو أمره بالشراء في الذمة وأن ينقد الدراهم في ثمنه فصرفها في حوائجه بطلت الوكالة لأن الوكالة تعلقت بعين الدراهم، ألا ترى أنها لو سرقت تلك الدراهم من يده بطلت الوكالة ولم يجز له أن يشتري الطعام إلا بإذن مجدد؟ كذلك ها هنا وإذا ثبت بطلان الوكالة لم يَجُزْ أن يشتري له في ذمته من الدراهم طعاماً إلا بإذنٍ مجددٍ. ولو اشترى من غير تجديد الإذن لم يلزم الآمر ونظر فيه فإن ذكر في عقد الشراء أنه يشتريه لموكله قد ذكرنا فيه وجهين، قال أبو إسحاق: يلزم الوكيل. والثاني يكون الشراء باطلاً.

وإن قصد بقلبه ولم يتلفظ بلسانه كان الشراء لازماً للوكيل وعليه مثل دراهمه التي أتلفها.

وقوله: فتسلفه أي أخذه قرضاً على نفسه. وأخل المزني بالنقل حيث قال في علة هذه المسألة لأنه خرج من وكالته بالتعدي فاشترى بغير ما أمر به، فجعل شراؤه بغير ما أمر به عدوانه وسبب عزله وليس الأمر على ما أوهم لفظه فإن عدوانه في التسلف والاستنفاق وبذلك انعزل عن وكالته، فأما شراءه الطعام بغير ما أمره فهو علة المسألة الثانية وهي أن ملك ذلك الطعام وقع للوكيل، فإن أراد المزني لهذه اللفظة تعليل ملك الطعام كان من حقه أن يقطع العلة عن العلة بلفظ يصح لنسق العلة على العلة.

وقال أبو حنيفة: هذا الطعام للموكل وليس على الوكيل ضمان الدراهم وهذا على أصله حيث قال: لا تتعين الدراهم في العقود [٧٥/ب] ثم ناقض فقال: لو تلفت الدراهم في يده من غير جناية انعزل عن وكالته.

فرع

إذا تعدي في المال الذي وكله فيه بأن يكون قد فرط في حفظه في حرز مثله، أو كان عبداً فاستخدمه أو كانت جارية فوطئها هل تنفسخ الوكالة؟ وجهان أحدهما تنفسخ لأن الضمان والوكالة لا يجتمعان والحكم فيه كما ذكرنا فيما قبله. والثاني لا تنفسخ وهو الأصح كالرهن إذا تعدى فيه المرتهن ضمن وبطلت أمانته ولا يبطل الرهن وتحريره أنه ضمن الأمانة والتصرف فبطلت بالتعدي الأمانة دون التصرف وبه قال أبو حنيفة.

فرع آخر

إذا قلنا: لا ينفسخ فباع بعد ذلك صح وإذا سلمها المشترى زال عنه الضمان لأنه سلمها بإذن مالكها كما لو كانت غصباً فسلمها إلى الوكيل بإذن المالك يزول الضمان.

وقال القاضي الطبري: بنفس البيع يزول عنه الضمان لأنه صار ملكاً للمشتري. ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه متى تلف في يده بعد بيعه قبل تسليمه عاد ملك الموكل إليه لأن عقد البيع ينفسخ بالتلف قبل التسليم، فإذا عاد ملك الموكل إليه كان مضموناً على الوكيل بتعديه فلا يسقط عنه الضمان إلا بتسليمه.

فرع آخر

إذا قبض الثمن في هذه المسألة كان أمانةً في يده لأن قبضه له بإذن الموكل ولم يتعد فيه فكان أمانة، وكذلك إذا كان وكيلاً في الشراء فتعدى في الثمن ضمنه فإذا اشترى به وسلمه ذلك عليه الضمان وقبض المبيع قبض أمانة.

فرع آخر

لو سلم المبيع إلى المشتري في هذه المسألة فوجد به عيباً فرده أو وجد الوكيل بالثمن عيباً فرده واسترد المبيع هل يعود إلى يده مضموناً عليه؟ لا نص فيه. وقال بعض أصحابنا: يعود مضموناً عليه. فإن قيل: قد زال الضمان بقبض المشترى وقبضه الآن بإذن الموكل ولم يتعد فيه بعد فلا ضمان قلنا: هذا المشتري ما قبضه للموكل وإنما قبضه لنفسه فزال الضمان بذلك، فإذا فسخ البيع انفسخ القبض فعاد بحاله. وعندي أنه لا يعود مضموناً عليه لأن فسخ

القبض من وقته لا من أصله على أصلنا فلا يضمن ثانياً إلا بسبب حادث.

فرع آخر

لو كان تعديه من حيث القول لا يضمن مثل أن وكله ببيع سلعة بألفٍ فباعها [٧٦/أ] بخمس مائة ولم يسلمها إلى المشتري فقد صار متعدياً بالقول ولكن لا يصير ضامناً لأنه لم يحدث في عين مال الموكل فعلاً. ولو سلمها إلى المشتري كان تسليمه فعل عدوان فهل ينعزل به؟ على الوجهين.

فرع آخر

لو دفع إليه دراهم وأمره أن يشتري بعينها متاعاً فاشترى له متاعاً في الذمة ونقدها فيه فالشراء لا يلزم الموكل لأنه خالفه مخالفة تضره، ووجه الضرر فيه أنه إذا اشترى بعينها فتلفت الدراهم في يد الوكيل بطل الشراء ولم يطالب الموكل بغيرها، وإذا اشترى في الذمة فتلفت الدراهم في يد الوكيل قبل تسليمها إليه طولب الموكل بثمن المتاع فيكون في ذلك ضرر.

فرع آخر

لو أعطاه ألفاً وأمره أن يشتري في الذمة فتعدى في الألف لم تَزُل الوكالة قولاً واحداً لأنه ما تعدى فيما هو وكيل فيه، فإذا اشترى في ذمته صح ولو نقد الثمن زال الضمان. فإن قيل: هلا قلتم يخرج من الوكالة بالتعدي وزوال الأمانة فلا يصح بيعه في أحد الوجهين؟ قلنا: إنما يجيء هذا الوجه فيما تعدى فيه، والتعدي في عين لا يثبت حكمه في عين أخرى، ألا ترى أنه لو أودع عنده وديعتين متفرقتين فتعدى في إحداهما لم يضمن الأخرى ولم يخرج من حكم الأمانة جملة؟ كذلك ها هنا.

فرع آخر

لو أمره أن يشتري في الذمة وينقد فيه الألف الذي دفعه إليه فاشترى بعين الألف فيه وجهان أحدهما وهو الصحيح يلزم الشراء الموكل لأنه زاده خيراً فإن الدراهم إن تلفت يلزمه غيرها، وإن لم تتلف سلم له المتاع فتنفعه هذه المخالفة فلا يمنع وقوع الشراء له. والثاني لا يلزمه لأن له غرضاً في شرائها في الذمة فإنه لا يجوز أن يريد أن لا ينفسخ البيع بتلف الدراهم واستحقاقها، وإذا اشتراها بعينها انفسخ البيع بالتلف والاستحقاق ولا يلزم الوكيل وهذا أقرب عندي.

فرع آخر

لو قال: بع هذه السلعة في السوق الفلانية فباع في السوق الأخرى بالثمن الذي يشترى به في السوق المسمى له كان البيع صحيحاً. ولو قال: بعها من فلانٍ فباعها من غيره بالثمن الذي يشتري به فلان فالبيع باطل، والفرق بينهما أن المقصود من البيع [٧٦/ب] في السوق المعينة حصول الثمن وقد حصل المقصود من السوق الأخرى فجاز البيع، وليس كذلك إذا عين المشتري لأن الغرض في تعيينه أن ينفعه بها ويوفقه بملكها وإذا عدل عنه إلى غيره لم يحصل مقصوده فلم يجز البيع.

وقال في «الحاوي»: في السوق هل يلزم الشرط؟ وجهان أحدهما يلزم لأنه أملك بأحوال إذنه وهو الأشبه. والثاني ما ذكرناه.

مسألة: قال: وَلاَ يَجُوزُ لِلوَكِيْلِ أَوِ الوَصِيِّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ.

الفصل

وهذا كما قال المتصرف في مال الغير ستة. الأب، والجد، والموصي، والحاكم، والأمين من قبله، والوكيل. فالجد كالأب لأنه يتصرف بنفسه، والحاكم كالوصي لأنه ينظر بعد زوال الإذن، والوكيل كالأمين من قبل الحاكم لأنه ينظر بإذن من له الإذن في الحال. فإذا ابتاع واحد من هؤلاء من مال من ينظر له لنفسه أو باع منه ماله اختلف الناس فيه على أربعة مذاهب. قال زفر: لا يجوز لأحد ذلك، وحكي هذا عن أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يجوز للكل إلا للوكيل إلا أن الوصي لا يبيع من نفسه إلا بأكثر من ثمن المثل، ويجوز للأب والجد أن يبيعا من أنفسهما بثمن المتاع. وقال مالك والأوزاعي: يجوز للوكيل أيضاً. وقيل: لا يصح هذا عن مالكٍ وإنما قوله مثل قول أبي حنيفة وعندنا يجوز للأب والجد ذلك، ولا يجوز لغيرهما أصلاً. وهذا لأن الأب والجد كاملا الشفقة، تاما الولاية فلا يتهمان بذلك بخلاف غيرهما. والدليل على زفر أن هذا يلي بنفسه فجاز له أن يتولى طرفي العقد كالجد يزوج ابنة ابنه من ابن ابنه. وحكى ابن أبي هريرة عن الإصطخري أنه أجاز للوكيل وهذا خلاف المذهب بلا إشكال.

فرع

لا يجوز للوكيل أن يشتري لابنه الصغير ولا لمن يلي عليه بالوصاية لأنه يكون بيعاً من نفسه، وهل يجوز له أن يبيع من والده أو ابنه الكبير؟ فيه وجهان أحدهما لا يجوز ذلك وبه قال أبو حنيفة وهو اختيار أبي إسحاق من أصحابنا والقاضي الطبري رحمهم الله لأن لحوق

التهمة إذا باع من نفسه ولهذا لا تجوز شهادة الابن لوالده ولا شهادة الوالد لابنه، كما لا تجوز لنفسه. والثاني يجوز وهو [٧٧/أ] اختيار أصحابنا بخراسان قالوا: وهو ظاهر المذهب وهذا لأنه يجوز له أن يبيع مال نفسه من أبيه وابنه فكذلك مال موكله والتهمة مرتفعة إذا باع بثمن مثله.

فرع آخر

لو باعه من عبده المأذون له في التجارة لم يجز، لأن ذلك بيعه من نفسه. ولو باع من مكاتبه فيه وجهان أحدهما يجوز لأن المكاتب يجوز ملكه دونه والثاني لا يجوز للتهمة لأنه يتعلق حقه بكسبه ولهذا لا تجوز شهادته له.

فرع آخر

لو وكل الابن البالغ أباه في بيع سلعةٍ هل يجوز له بيعها على نفسه؟ وجهان أحدهما يجوز كما لو كان في حجره تغليباً للأبوة، والثاني لا يجوز لأن ارتفاع الحجر يوجب تغليب الوكالة ذكره في «الحاوي» وعندي المذهب هذا الوجه الثاني، والأول ليس بشيء.

فرع آخر

لو اشترى الوكيل من نفسه طعاماً وسلمه إلى الموكل فأتلفه الموكل فعليه الغرم لأنه لم يتبرع الوكيل عليه به بل أعطاه على حكم عقد فاسد فيغرمه ويرد عليه ماله، وبمثله لو اشترى الوصي من نفسه للصبي فأطعم الصبي فعليه رد الثمن، ولا يغرم الصبي قيمة الطعام لأن البالغ يغرم ما قبضه على حكم العقد الفاسد والصبي لا يغرم شيئاً بالمعاملة والشراء الفاسد وإنما يغرمه بمحض الجناية.

فرع آخر

لو باعه الوكيل من نفسه بإذن الموكل فالمذهب أنه لا يجوز نص عليه في الصرف لأنه لا يجوز أن يكون قابلاً وموجباً فيما يتولاه بالإذن، كما لا يجوز لابن العم أن يزوج ابنة عمه من نفسه بإذنها، وخرَّج ابن سريج فيه وجهاً آخر أنه يجوز كما لو قال: طلقي نفسك على ألفٍ فطلقت يصح وتكون موجبة للطلاق وقابلة للألف بالإذن كذلك ها هنا، وقال أبو حامد وغيره: في النكاح أيضاً وجهان. وهذا لا يصح لأن الزوج موجب والمرأة بالطلاق قابلة بدليل أنها لو أخرت الطلاق عن أول حال الإمكان واشتغلت عنه لم يقع الطلاق كما لو أخر المشتري القبول لم يصح. ولأن في البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان فصار بالميل

إلى نفسه متهماً ولا تهمة في الطلاق. فإن قيل: قد زالت التهمة عنه برضى [٧٧/ب] الموكل ببيع السلعة من نفسه فيجب أن يجوز. قيل: الحكم إذا منع للتهمة سوي بين المواضع كلها حسماً للباب كما نقول، إذا باع من نفسه بالوكالة المطلقة بأكثر من ثمن مثله لا يجوز، والتهمة زائلة عنه فيه ولكنا أبطلناه حسماً للباب كذلك ها هنا. وكذلك لما لم يرث القاتل للتهمة حرَّمنا كل قاتل حسماً للباب، وإن كانت التهمة زائلة كالصغير والمجنون إذا قتلا مورثهما، وكذلك المسكر حرمناه وسوينا بين قليله وكثيره حسماً للباب، كذلك ها هنا ولو أذن له أن يبيع من والده يجوز بلا خلاف لأن القابل غير الموجب وانتفت التهمة.

فرع آخر

لا يجوز للوصي أن يبيع من والده وولده كالوكيل سواء، هكذا ذكره القاضي الطبري وقال بعض أصحابنا بخراسان: المذهب أنه يجوز ووافقنا فيه أبو حنيفة وفيه نظر.

فرع آخر

لو باع الوصي شقصاً لليتيم له فيه الشفعة قال صاحب «الإفصاح»: ولا شفعة له لأنا لو أثبتنا له الشفعة لم نأمن من أن يحابي المشتري في الثمن فإثبات الشفعة له يوجب تهمته في البيع فأسقطنا حق الشفعة. ومن أصحابنا من قال: له الشفعة لأنا ننظر فيه فإن كان قد حابى أبطلنا البيع ولا شفعة له، وإن لم يكن حابى صح البيع وثبتت الشفعة وهذا غلط لأنه قد يحابي في الزيادة على ثمن مثله الذي يمكنه تحصيلها إذا استقصى في بيعه وليست المحاباة كلها في النقصان عن ثمن المثل فبطل قول هذا القائل.

فرع آخر

لو قال: خذ هذه الألف ففرقها على المساكين لا يجوز أن يضعها في نفسه وإن كان مسكيناً وكذلك لو قال له: اصنع ما شئت فيه لأنه يقتضي الوضع في غيره، ولو قال: ضع في نفسك إن شئت فيه وجهان قال ابن سريج: نص الشافعي ها هنا أنه يجوز أن يضعه في نفسه.

فرع آخر

لو قال لعبده: كاتب نفسك على ألفٍ في نجمين فيه وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو وجب عليه القصاص فوكله صاحب القصاص في أن يقبض من نفسه فيه وجهان فإذا

قلنا: لا يصح وفعل سقط القصاص لأن إذنه قد وجد ولا يمكن تلافيه.

فرع آخر

لو كان له على رجل ألف درهم [٧٨/أ] وبه ضامن فوكل صاحب الدين الضامن بإبراء الأصيل فأبرأه برئ الأصل والفرع جميعاً، ولو وكل الأصل في إبراء الفرع فأبرأه برأ الفرع وحده دون الأصيل لأن الأصل يبقى مع زوال الفرع.

فرع آخر

لو كان له دين في ذمة عبدٍ فوكل صاحب الدين سيده في إبراء العبد فأبرأه صح، لأنه وإن كان على السيد في الحقيقة إذا كان العبد مأذوناً في التجارة فإنه متعلق بغيره.

فرع آخر

لو أذن لرجل في بيع عبده من زيد وأذن له زيد في تبرأته هل تصح منه النيابة في البيع والشراء؟ قال أبو حامد وجماعة: لا يجوز قولاً واحداً لأنه يؤدي إلى التناقض فيصير مستنقصاً مستزيداً مطالِباً مطالَباً وهذا لا يجوز. وقيل: فيه وجهان أيضاً لأن في بيعه من نفسه بإذنه وجهين ومعنى التناقض موجود.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يجوز له أن يقيم على إحدى الوكالتين فإن أراد أن يقيم على أسبقهما من بيع أو شراء جاز. وإن أراد أن يقيم على الثانية يحتمل وجهين أحدهما لا يجوز لأن ثبوت الأولى يمنع جواز الثانية، والثاني يجوز لأن الوكالة لا تلزم فلم يكن للمتقدمة منهما تأثير ويبطل بقبول الثانية.

فرع آخر

إذا وكل المتداعيان رجلاً واحداً لينوب عنهما فإن كان في أمرين مختلفين جاز. وإن كان في أمر واحد فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحدٍ منهما، والثاني لا يجوز لأن غرض كل واحدٍ منهما بتوكيله استيفاء حججه والاستقصاء في خصومة صاحبه وفي الواحد يتناقض ويتضاد الغرضان فلا يجوز.

مسألة: قال: وَمَا بَاعَ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسِ بِمِثْلِهِ فَبَيْعُهُ مَرْدُوْدٌ[١].

الفصل

وهذا كما إذا وكل وكيلاً في بيع شيء لا يخلو إما أن يكون التوكيل مطلقاً أو مقيداً، فإن كان مقيداً فقال: بع بثمن مثله نقداً بنقد البلد لم يَجُز له أن يَعِدل عن ذلك بلا خلاف. ولو قال: بعه بأقل أو أكثر نقداً أو نَساءً بنقد البلد وغيره له كل ذلك أيضاً بلا خلافٍ. ولو كان مطلقاً اختلف [٧٨/ب] الناس فيه على ثلاثة مذاهب، فذهب الشافعي إلى أنه يقتضي ثلاثة أشياء وهي أن يبيع بثمن مثله نقداً بنقد البلد، فإن خالف فباع بأقل من ثمن مثله ونقص قدراً لا يتغابن بمثله، أو باع نَساء أو بغير نقد البلد لا يجوز البيع وبه قال مالك وأبو ثور. وقال أبو حنيفة: له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ونسيئة وبغير نقد البلد. وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يبيع نَساء ولا يجوز له أن يبيع بدون ثمن المثل ولا بغير نقد البلد وأجمعوا في الشراء أنه إذا وكله به لا يجوز أن يشتري بأكثر من ثمن المثل ولا إلى أجل ولا بغير نقد البلد فنقيس عليه وهذا لأن مطلق الإذن يُحمَل على العرف والعادة المستقرة. وذكر القاضي أبو حامد في «الجامع» عن الشافعي أنه قال في كتاب «الرهن القديم والرهن الصغير»: إذا باع بدون ثمن المثل فالبيع مردود إن شاء الآمر فجعل البيع صحيحاً وهذا غير مشهور، ولا خلاف في الوصي إذا باع بدون ثمن المثل، فإن كان المبيع قائماً كان باطلاً فالوكيل مثله.

فرع

إذا خالف وباع بدون ثمن المثل فإن كان المبيع قائماً في يد المشتري رد على الموكل. وإن كان تالفاً فالموكل بالخيار إن شاء رجع على المشتري، وإن شاء رجع على الوكيل، فإن رجع على المشتري رجع بجميع قيمته عليه لأنه تلف في يده فلزمه جميع قيمته. وإن رجع على الوكيل فيه قولان:

أحدهما: هذا لأنه لما سلم المتاع إلى المشتري بأقل من قيمته صار متعدياً في جميعه فضمن جميع قيمته. **والثاني:** يرجع بمقدار المحاباة فلم يجب عليه إلا ضمانه ويرجع بالباقي على المشتري، وفيه قول ثالث يضمن كل قيمته ولكن يحط عنها ما يتغابن بمثله، فإن كان درهماً أو نصف درهم يحط ذلك القدر. فإذا قلنا: عليه تمام قيمته فغرم رجع الوكيل على المشتري لأن التلف في يده، وإن رجع على المشتري لم يرجع به على الوكيل لأنه ضمن ما تلف في يده.

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٦/٥٣٨).

فرع آخر

قد ذكرنا أنه لا يبيع إلا بنقد البلد فإن كان الغالب في البلد الدراهم والدنانير على سواء يبيع بأحظهما [٧٩/أ] لموكله فإن استويا يتخير بينهما. ولو باع ها هنا بكلا النقدين فإن كان في عقدين صحا إذا كان مما يجوز تفريق الصفقة في بيعه. وإن كان في عقد واحد فيه وجهان:

أحدهما يجوز كما جاز إفراد كل واحد من النقدين.

والثاني: لا يجوز لأن غالب البياعات تتناول جنساً واحداً من الأثمان فلم يجز أن يعدل عن غالبها في الإطلاق.

فرع آخر

لو باع بغبن يسير يجوز، والمرجع فيه إلى العرف والعادة في مثله وقال مالك: حد الغبن في البيوع الثلث فصاعداً. وقال أبو حنيفة: حد الغبن نصف العشر فصاعداً وهذا غلط لأن عرف الناس يختلف، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبناً كثيراً وهو النقد والطعام، ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً يسيراً كالجوهر والدقيق فيجب الرجوع فيه إلى العرف.

فرع آخر

لو أذن له بالبيع نَساءً ولم يقر أجلاً فمن أصحابنا من حد أكثره بحول لأن أكثر الدين المؤجل في الشرع يتقدر به كالدية والجزية. ومن أصحابنا من قال: يجوز بالقليل والكثير لأن اللفظ مطلق. ومن أصحابنا من قال: لا يصح التوكيل أصلاً لأن الآجال تختلف فيكثر فيه الغرر. والصحيح أنه يعتبر بالعرف أن لا يصير الأجل خارجاً عن غالب العادة في ذلك الجنس وعرف الناس في ذلك يختلف باختلاف الأجناس، فإن لم يكن عرف باع بأنفع ما يقدر عليه.

فرع آخر

لو باع بشرط الخيار فإن شرط للمشتري أو له وللمشتري لم يصح قولاً واحداً. وإن شرط لنفسه أو لموكله وله فيه وجهان أحدهما يجوز وهو الأصح لا من حيث إطلاق الوكالة ولكن من حيث أن له التصرف فيما عاد إلى حظ الموكل وهذا من حظه وتمام النظر له. والثاني لا يجوز كما لو شرط الأجل وليس بشيء.

فرع آخر

لو باع وسلم إلى المشتري ولم يقبض الثمن فهرب المشتري أو أفلس هل على الوكيل الضمان؟ يبنى على ما ذكرنا من الوجهين أن الوكيل بالبيع إذا باعه هل له قبض الثمن فإن قلنا: له قبضه قال أبو حامد رحمه الله: إنما يسلمه ليقبض الثمن فإذا سلمه ولم يقبض الثمن كان عليه ضمان [٧٩/ب] ما سلمه إلى المشتري، وإن قلنا: ليس له قبض الثمن فلا ضمان عليه لأن عليه الإقباض دون القبض على ما ذكرنا، وعلى هذا لو وكله في الشراء يسلم الثمن وهل يتسلم المبيع؟ وجهان والأصح أنه إذا اقتضت الوكالة التسليم اقتضت التسلم.

فرع آخر

لو وكله بالبيع على أن لا يسلم المبيع يجوز. ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان أحدهما يجوز كما لو نهاه عن قبض الثمن، والثاني تبطل الوكالة لأن إقباض المبيع من لوازم البيع فإذا نهاه أبطل التوكيل في نفسه.

فرع آخر

لو أمره بالبيع نساءً فباع نقداً بأقل من الثمن الذي يباع فيه به نساء لم يجز. وإن باع نقداً بالثمن الذي يباع به نساءً فيه وجهان والأصح جوازه. وقيل: إن كان الثمن مما لا مؤونة في إمساكه جاز، وإن كان فيه مؤونة كالقطن والحطب أو هناك خوف لا يجوز وهذا صحيح.

فرع آخر

لو وكله في شراء سلعة مطلقاً فاشترى له نسيئة فإن كانت السلعة تساوي نقداً بما اشترى به نسيئة كان الشراء للموكل وزاده بتأخير الثمن عنه خيراً. وفيه وجه آخر لا يجوز لأنه قد يكون له غرض في تعجيل إقباض الثمن لئلا يتلف ويتعذر عليه تسليمه وهذا إذا كان لا يجبر على قبض الثمن لو عجل، فإن كان يجبر بأن لا مؤونة في إمساك الثمن ولا خوف يجوز فيعجل الثمن في الحال ويجبر على قبضه وتبرأ ذمته فيحصل الغرض. وإن كانت السلعة لا تساوي نقداً بما اشترى به نسيئة فالشراء لا يلزم الموكل لأن مطلق التوكيل اقتضى شراءها بثمن مثلها نقداً، فإذا زاد على ثمن مثلها فقد خالفه مخالفة تضره فلم يلزمه الشراء.

فرع آخر

لو وكله بأن يسلف له مائة درهم في طعام فاشترى نقداً مثل ما يساوي سلفاً صح الشراء، وإن كان أقل منه كان الشراء باطلاً.

فرع آخر

لو اختلفا فقال الوكيل: أمرتني بالبيع نساءً، وقال الموكل: نقداً فالقول قول الموكل مع يمينه فإذا حلف كان البيع باطلاً. وحكى المزني بعد هذا أن الشافعي قال في كتاب «اختلاف العراقيين»: إذا باع الوكيل المطلق نساءً كان للموكل نقض المبيع بعد أن يحلف ما وكله إلا بالنقد. قال أصحابنا: ليس هذا [٨٠/أ] بقولٍ آخر، وإنما أراد به أن له فسخ البيع بيمينه لأنه إذا نكل عن اليمين حلف الوكيل وصح البيع ويكفي على أصلنا أن يحلف ما وكله بالنسيئة ولكن يقيد بقوله: ما وكلت إلا بالنقد لأنه ربما يكون القاضي حنفي المذهب فيرى جواز البيع نساءً بمطلق الوكالة وهذا لأن البيع المعروف المعتاد بين الناس بالنقد وإنما يدخل النساء في ذلك لمعانٍ تعرض من كساد أو عيب في السلعة أو غلاء في ثمنها فيجب حمل مطلق الأمر بالبيع على النقد، ولو اختلف الوكيل والموكل في أصل التوكيل كان القول قول الموكل فكذلك إذا اختلفا في صفته كان القول قوله ولهذا قلنا: لو وكله ببيع سلعةٍ مطلقاً فباعها بسلعةٍ لا يجوز لأن البيع المعروف بالأثمان دون السلع، وإنما يباع بالسلع لعيب في المبيع أو لكساد أو غلاء ثمن ولأن الظاهر من اسم البيع إذا باع بالثمن، فأما إذا باع بالسلعة يسمى مبادلة أو معاوضة ومقايضة وقيل: إذا باعه بالسلعة كان بائعاً ومشترياً وإنما أمره بالبيع وحده فلم يجز.

فرع آخر

لو باع الوكيل عبد موكله ثم أقر الوكيل أنه باعه من غير أمر موكله قال ابن سريج: فيه قولان: **أحدهما**: لازم لا ينتقض حتى يعترف الموكل أنه لم يأمر بذلك. **والثاني**: أنه غير لازم إلا أن تقوم بينةٌ أن الموكل أمر به. ويتفرع على هذا إذا تصادق الموكل والوكيل على الإذن بالبيع وأنكر المشتري أن يكون الموكل أمره فعلى القول الأول القول قول الوكيل والموكل والبيع لازم للمشتري، وعلى القول الثاني القول قول المشتري والبيع غير لازم له.

فرع آخر

لو قال: بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز لأنه قد لا يشتري العبدان الآخران بما بقي من تكملة الألف. وإن باع أول صفقة من العبيد بألف درهم جاز، وهل يجوز بيع العبدين الآخرين بعد حصول الألف؟ وجهان أحدهما لا يجوز لأن مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه وقد حصل. والثاني يجوز لانعقاد الوكالة ببيعهم ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم بمانعٍ من بيع باقيهم فيه بالزيادة [٨٠/ب] على الألف.

فرع آخر

لو وكل في بيع عدد من الثياب فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لموكله من بيع جميعها صفقةً أو أفراداً فإن عَدَل عن الأَحَظِّ لم يَجُز.

فرع آخر

لو وكله ببيع فاسد فقال: بعه إلى العطاء أو إلى مَقْدَم الحَاج أو بشرط الخيار أكثر من ثلاث فالوكالة باطلة ولا يملك بها بيعاً بحالٍ لا صحيحاً ولا فاسداً لأنه وكله فيما لا يملكه الموكل الوكالة لا تنعقد بالصفة فإذا قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت وكيلي، أو إذا قدم الحاج فقد وكلتك لا يجوز. وقال أبو حنيفة يجوز وحكي ذلك عن بعض أصحابنا لأنه أذن في التصرف فأشبه التأمير فإن التأمير يجوز تعليقه بالصفة وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في جيش مؤتة «الأمير زيد بن حارثة، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحة» وقياساً على الوصية. وهذا غلط لأنه عقد يملك به التصرف في حال الحياة لم يبن على التغليب والسراية فلا يجوز تعليقه بشرط كالمضاربة. وأما التأمير فليس بعقد وتصرف ومعناه الرأي والمشورة فيجوز تعليقه.

فرع آخر

إذا أثبت بطلان هذه الوكالة قال أصحابنا: لا يجوز له أن يتصرف عند وجود الشرط، فإن تصرف نفذ لأنه مأذون له فيه، وإن كانت الوكالة فاسدة وإنما تأثير فساد الوكالة في استحقاق أجر المثل عندنا وعندهم يستحق الأجر المسمى ومن أصحابنا من قال: يجوز له التصرف لأنه لو لم يستبح التصرف لم يجز منه وفائدة الفساد ما ذكرنا.

فرع آخر

لو عقد الوكالة مطلقاً وعلق الإذن فيه بالشرط بأن قال: وكلتك في بيع متاعي فإذا جاء رأس الشهر فبع يصح، لأن العقد مطلق والتصرف معلق بالصفة فجاز. وكذلك لو قال: وكلتك ببيع هذا المتاع إذا دخل الحاج يجوز لأن البيع معلق بالشرط دون الوكالة، وعلى هذا لو قال: إذا مت فقد أوصيت إليك لا يجوز لأنه عقد الوصية بالصفة والشرط ولو قال: أوصيت إليك إذا مت جاز.

مسألة: قال: وَلَو قَالَ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَشْتَرِيَ هَذِهِ الجَارِيَةَ بِعَشْرَةٍ[١].

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٦/ ٥٤٤).

الفصل

وهذا كما قال إذا أمر رجل رجلاً بشراء جارية بعشرة دنانير فاشترى بعشرين دينار ثم [٨١/أ] اختلفا فقال الموكِّل: أمرتك أن تشتريها بعشرة دنانير فاشتريتها بعشرين فالجارية لك وقال الوكيل: بل أمرتني أن أشتريها لك بعشرين فالجارية لك فالقول قول الموكِّل مع يمينه، لأن قول الوكيل لا يقبل إلا فيما اتفقا أنه ائتمنه، فأما إذا اختلفا فالقول قول الموكِّل كما إذا قال: وكلتني بشرائها وقال: لم أوكلك أو قال: أودعتني كذا وقال: لم أودعك وإنما غصبته فالقول قول صاحبه مع يمينه، وأما إذا اختلف رب الثوب والخياط في صفة القطع فإن قلنا: القول قول رب الثوب فقد سوينا بين المسألتين. وإذا قلنا: القول قول الخياط فالفرق بينهما أنّا لو جعلنا القول قول رب الثوب لزم الخياط الأرش وذمته على البراءة في الأصل وليس كذلك في الوكيل فافترقا.

فإن قيل: وها هنا أيضاً يجب بقول الموكل غرامة ثمن العين على الوكيل فلا فرق قلنا: لا يجب عليه له شيء بقوله وإنما يجب لبائع الجارية بحكم البيع المطلق وفي مسألة الخياط يتضمن قوله دعوى الأرش عليه فافترقا. وإذا ثبت هذا فإن الموكل يحلف بالله الذي لا إله إلا هو لقد أمره أن يشتري له هذه الجارية بعشرة، فإذا حلف برئ وتكون الخصومة بين الوكيل والبائع فإن كان اشتراها بعين مال الموكل.

وقال: اشتريتها لفلان كان البيع باطلاً، وإن لم يقل ذلك فالظاهر أن المال الذي عينه له فلا يقبل اتفاقهما على ما يسقط حق البائع وعليه لموكله مثل دنانيره كما لو أتلفها. وإن ادعى الوكيل أن البائع يعلم ذلك فحينئذ القول قول البائع أيضاً ويلزمه الثمن، وإن أقام الوكيل البينة على أن الثمن كان للموكل بطل البيع وإن اشتراها في الذمة فإن لم يذكر أنه يشتريها للموكل لزمه الشراء. وإن ذكر أنه يشتريها لموكله فيه وجهان أحدهما يبطل كما لو ذكره وكان الشراء بعين المال، والثاني لا يبطل ويقع البيع للوكيل وهو اختيار أبي إسحاق لأن العقد إذا لم يلزم الموكل تعلقت بالوكيل أحكامه إذا كان الشراء في الذمة. فإذا قلنا: إن [٨١/ب] الشراء يلزم الوكيل أو لم يكن ذكر الموكل بلسانه وإنما نواه بقلبه فإن الشراء يلزمه ظاهراً وتكون الجارية له في الظاهر دون الباطن، ولا يحل له وطئها إلا أن يكون كاذباً فالجارية له ظاهراً وباطناً. فإذا تقرر هذا ذكر المزني بعد هذا حيلةً في أن تحصل الجارية للوكيل ظاهراً وباطناً فقال: قال الشافعي: يجب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر للمأمور فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين، ويقول الآخر: قد قبلت ليحل له الفرج ولمن يبتاعها منه وإنما قال: يرفق به لأن ذلك لا يلزمه أن يقول. وإذا قال له الحاكم فأجابه إلى ذلك وقبله الوكيل فقد ملك الجارية ظاهراً وباطناً وحل له وطئها. فإن

قيل: البيع بهذا الشرط غير جائز فكيف أجازه المزني؟ قيل: أصحابنا اختلفوا في هذا فمنهم من قال: هذا غلط من المزني وإنما قال الشافعي ذلك في النكاح قال: وإذا زوج رجل رجلاً بتوكيله ثم اختلفا فقال الموكل: ما وكلتك وقال الوكيل: وكلتني فالقول قول الموكل مع يمينه، فإذا حلف قال له الحاكم: قل: إن كنت وكلته به فقد طلقتها حتى يحل نكاحها، وأمّا البيع فلا يجوز ذلك فيه لأن عقده بالشرط غير جائز.

ومن أصحابنا من قال: هو صحيح واختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيهاً على معنى هذا العقد والسبب المقصود به من غير أن يذكراه في نفس العقد، فإن ذكراه فيه لم يصح بل يعقد له مطلقاً من غير هذا الشرط فيقول: بعتكها بعشرين أو يقول: وليتك هذا البيع بعشرين بعدما قال الحاكم ذلك. فإن قيل: إذا جزم الموكل لفظ البيع على التجديد أفلا يتضمن ذلك إقراراً منه بما ادعى عليه الوكيل ويكون تكذيباً لنفسه فيما ادعاه لأن الإنسان في الظاهر لا يبيع إلا ما هو ملكه، قيل: هذا لا يكون إقراراً لأنه يقولها باستدعاء الحاكم وأمره على مصلحة يراها الحاكم واحتياط يتكلفه وهذا قول أكثر البصريين.

وقال ابن أبي هريرة وجمهور [٨٢/أ] البغداديين: يجوز لهما أن يعقداه كذلك بالشرط لأنه هكذا يكون في الحكم فجاز أن يكون ملفوظاً به في العقد، فإن بيعه إياها إنما يصح إذا كان أمره أن يشتريها بعشرين وهذا كما يقول: هذه السلعة ملكي اشتريتها فإن كانت ملكي ولم يرد استحقاق فقد بعتكها بكذا فهذا يصح لأن هذا الشرط من موجب البيع ومما يقتضيه فلم يضره كذلك ها هنا. وهو أيضاً كقول الرجل لامرأته: إن كنت امرأتي فأنت طالق حيث تيقن أنها امرأته فلا يشبه ذلك قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن كانا متقاربين وقال هذا القائل لو قال: بعتك دون هذا الشرط كان إقراراً منه بملكه وصار مكذباً نفسه فيما ادعاه. وإن لم يجب الحاكم إلى هذا وامتنع من هذا القول وقال: الذي يلزمني اليمين وقد حلفت ولا أريد أن أبيع شيئاً لا أملكه لم يجبر عليه. وقال أبو إسحاق: الوكيل لا يملكها في الباطن ولا يحل له استخدامها ولا الاستمتاع بها ويكون حكمه معها حكم الأجنبيين. وهل يجوز له بيعها؟ قولان بناءً على من له على آخر حق يجحده فوقع في يده من ماله شيء فهل يجوز له بيعه؟ قولان أحدهما لا يجوز، **والثاني**: يجوز بمقدار حقه وهو الصحيح وهل يبيعه من نفسه أو يرفعه إلى الحاكم وجهان أحدهما يبيعه بنفسه وهو الصحيح وقيل: هذا منصوص عن الشافعي وهو اختيار أبي إسحاق، **والثاني**: يرفعه إلى الحاكم حتى يبيعه الحاكم وعلى هذا قال ابن أبي هريرة: يواطئ رجلاً يدعيه رهناً عليه فيقربه ليبيعه الحاكم عليه وهذا لا يصح لأن فيه مشقة وأمراً بالكذب فلا يجوز.

ومن أصحابنا من قال: يملكها الوكيل ظاهراً وباطناً وهو اختيار الإصطخري، وبه قال

أبو حنيفة كالمتبايعين إذا اختلفا وتحالفا كانت الجارية للبائع على أحد الأقاويل ظاهراً وباطناً. قال أبو إسحاق: وهذا غلط لأنهما إذا تحالفا انفسخ البيع ورجعت الجارية التي ملك البائع وليس كذلك ها هنا [٨٢/ب] فإن البيع لا ينفسخ بيمين الموكل والوكيل مقر بأنها ملك للموكل فلم يجز له تملكها والاستمتاع بها.

قال أصحابنا: وأصل هذه المسألة ما ذكره الشافعي في اليمين مع الشاهد قال: ولو ادعى على رجل أنه باع منه عبداً بعشرين وأنكر المشتري ذلك فالقول قوله، فإذا حلف أحببت أن يقول المشتري للبائع: وإن كنت اشتريت منك فسخت الشراء بيننا فيكون إقالة يعود العبد بها إلى ملك البائع، ولو امتنع المشتري من ذلك ففيها أقاويل، **أحدها**: العبد للبائع في الظاهر دون الباطن وللبائع بيعه في حقه. **والثاني**: يملكه البائع بامتناع المشتري وكأنه عاد في عين ماله لتعذر ثمنه من جهة المشتري كما نقول في رجوع البائع في عين ماله عند الفلس. **والثالث**: البائع لا يبيع ذلك ويرفعه إلى الحاكم حتى يبيعه. كذلك ها هنا قد تعذر على الوكيل الرجوع بحقه على الموكل فيكون على الأقوال. ومن قال بالأول فّرق بينه وبين مسألة الدار بأن الشافعي جعل هناك المشتري كالمفلس والخصومة بين الموكل والوكيل ها هنا فلا يمكن أن يجعل كالمفلس، وهذا اختيار المزني رحمه الله، ومن أصحابنا من قال: قال الشافعي في اليمين مع الشاهد: فإن كان هذا في دارٍ فامتنع المشتري من الفسخ آجرها البائع واستوفى ثمنها من أجرتها ثم ردها على المشتري. كذلك ها هنا للوكيل أن يؤاجر الجارية ويستوفي ثمنها من أجرتها ثم يردها على الموكل.

وقال القاضي أبو عليّ الزجاجي: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: إذا امتنع الموكل جعلها الحاكم للمشتري حكماً.

والثاني: يبيعها على ما ذكرنا.

والثالث: حكم الموكل حكم المفلس فيختار أخذها ثم إن شاء أمسكها، وإن شاء باعها وأخذ ثمنها قاله ابن سريج تخريجاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه ثلاثة أوجه، اثنان ما ذكره القاضي أبو عليّ الزجاجي أولاً، والثالث لا يبيعها وهي ملك الموكل في يده أبداً وقيل: فيه أربعة أوجه: **أحدها**: وهو قول أبي يوسف إن أراد الوكيل مخاصمة الموكل فيها لم يحل [٨٣/أ] له فرجها ولا بيعها، وإن ترك المخاصمة حل ذلك.

والثاني: تحل له في الحالين وهذا على أصل من قال: يحصل الملك للوكيل ثم ينتقل

منه إلى الموكل وهو قول بعض أصحابنا وقد تعذر الأمر ها هنا من جهة الموكل فبقي للوكيل.

والثالث: هي ملك الموكل في يده أبداً، والرابع ما اختاره أبو إسحاق فحصل ستة أوجه عند التأمل والمعول على ما سبق. فإذا تقرر هذا قلنا: يجوز له بيعها فإن اشتريت الجارية بعشرين ديناراً يستوفيها، فإن اشتريت بأقل من ذلك كان النقصان له في ذمة الموكل. وإن اشتريت بزيادة يسيرة قال في «الإفصاح»: فيه وجهان: **أحدهما**: أن الزيادة تكون في يده لا يجوز له أن يتصرف فيها لأنه يقول: هي للموكل ويقول الموكل: إنها للوكيل فوجب إقرارها في يده إلى أن ينكشف الأمر.

والثاني: تكون لمصالح المسلمين تدفع إلى الإمام حتى يصرفها في المصالح لأن كل واحدٍ من الوكيل والموكل شراء من ملكها فكانت بمنزلة مالٍ لا مالك له فيجب صرفها في مصالح المسلمين.

وقال القاضي الطبري: رأيت بعض أصحابنا قال: الزيادة تحتاج أن يردها على الموكل لأنه يعلم أنها له. ولأنه إذا كان النقصان في ذمته وجب أن تكون الزيادة له وليس هذا بمخالف لما قاله صاحب «الإفصاح» إن شاء الله لأن هذا الوكيل يعلم أن هذه الزيادة للموكل ولكنه ينكرها فلا يجوز إجباره عليها، وإذا كان كذلك كان على ما ذكره من الوجهين. هذا كله إذا لم يكن للوكيل بينة، فإن أقام البينة فالشراء يلزم الموكل وعليه ثمن الجارية وتكون الجارية له في الحكم. وهل تحل له في الباطن وجهان أحدهما تحل لأنا حكمنا له بها، والثاني لا تحل لأنه مكذبٌ لبينته ويعلم أنه لم يأمره بأن يشتريها إلا بعشرة. وأما إذا أقام الموكل البينة قال أصحابنا: لا تسمع بينته لأنها تشهد على لغي الإذن في الشراء بالعشرين وهذا لا سبيل إلى معرفته. وأما إذا أنكر الإذن ثم أقر به وجب أن تحل له قولاً واحداً لأنه يقول: كنت أنكرت ذلك بأساً ثم ذكرت [٨٣/ب] بعده فأقررت به ويخالف قيام البينة لأنه بعد قيام البينة يقول أنها محرمة عليه، وأن وكيله خالفه في شرائها. وأما إذا أنكر ونكَل عن اليمين فحلف الوكيل يكون حكمه حكم قيام البينة لأنه مقر بتحريمها عليه ذكره القاضي الطبري.

مسألة: قال: ولو أمرهُ أن يشتريَ لهُ جاريةً فاشترىٰ غيرها.

الفصل

وهذا كما قال: إذا وكل رجل رجلاً بأن يشتري له جارية بعينها فاشترى غيرها فالحكم ما ذكرنا أنه إن كان اشتراها بعين المال كان الشراء باطلاً، فإن كان في الذمة وذكر الموكل

فقال: بعني هذه الجارية لموكلي فلان بن فلان بكذا فقال: بعتكها فيه وجهان على ما ذكرنا، وإن لم يذكر الموكل بلفظه كان الشراء لازماً للوكيل وعليه ثمنها. وأما إذا وكله بأن يزوجه امرأةً فزوجه غيرها فالنكاح باطل في جميع الأحوال لأن النكاح لا بد فيه من ذكر الموكل فيقول: زوج ابنتك لموكلي فلان بن فلان فيقول: زوجتها لفلان بن فلان، فإذا زوجه غير المرأة التي عينها كان باطلاً بخلاف ههنا.

فرع

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو قال: بعتك هذا من فلان وقال الوكيل: قلت لفلان كما يقولون في النكاح لا يصح، والفرق أن للبيع أحكاماً يتعلق بالمجلس من الخيار وغيره فوجب أن يثبت تلك الأحكام للمتبايعين الذين هما على الأحكام وإذا عقدا على هذه الصورة لم يوجد مكان يجمع المتعاقدين البائع والمشتري فلا يصح بخلاف النكاح.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في شراء عبد أو جارية ولم يذكر النوع بطلت الوكالة لأنه لا يدري أي نوعٍ من العبيد أو الجواري يشتري. ومن أصحابنا من قال: يجوز اعتماداً على رأي وكيله وهذا غلط لأنه يتفاوت تفاوتاً فاحشاً. وعلى هذا لا يجوز حتى يقترن بيان الموكل فيه على الفور. وقال أبو حنيفة: إن ذكر الثمن فقال: بألف جاز لأن ذكر الثمن يقوم مقام الصفة وهو وجه لأصحابنا. ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو ذكر النوع فقال: وكلتك في شراء عبدٍ رومي أو تركي [٨٤/أ] أو زنجي أو ثوب هروي أو مروي فيه وجهان، **أحدهما**: تجوز الوكالة لأنه إذا ذكر الجنس والنوع قل فيه الغرر ويتقارب الرومي والتركي وكأنه أمره بأعلاه ثمناً وذكر الصفات يضيق على الناس وهذا اختيار ابن سريج رحمه الله. **والثاني**: لا تجوز الوكالة حتى يضبط الصفات التي يختلف الثمن لأجلها اختلافاً متبايناً. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا لم يذكر قدر الثمن فإن ذكر يجوز قولاً واحداً.

فرع آخر

لو قال: بع من رأيت من عبيدي أو خيلي لا يجوز سواء ذكر العدد أو لا حتى يتميز المبيع من غيره بصفةٍ أو إشارةٍ. وكذلك لو قال: اشترِ لي عبيداً من الأتراك لم تجز الجهالة

الكثيرة وروي عن أبي حنيفة أنه قال: تجوز الوكالة العامة مع الجهالة مثل أن يقول: اشترِ ما شئت وما رأيت لأنه فوّض الأمر إليه كالمضارب وهذا غلط لأن الغرض من المضاربة طلب الربح فجاز فيها هذا الإطلاق وها هنا الغرض امتثال أمره ولا دليل على غرضه عند الإطلاق فافترقا، أو المقصود من الوكالة تمليك العين المشتراة والإطلاق فيه يمنع العلم بالمقصود.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في بياعاتي كانت الوكالة باطلة. ولو قال: وكلتك في كل قليل وكثير لا يجوز نص عليه، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال ابن أبي ليلى ومحمد: تجوز وتحمل على العموم فيتصرف في كل ما تدخله النيابة وهذا غلط لأن الغرر فيه يعظم فإنه ربما يعتق جميع عبيده ويطلق جميع زوجاته ويبيع جميع ماله أو يشتري له جميع ما يقدر عليه فيقتضي الجواز وفي هذا خطر عظيم وغرر كثير ولأنه يؤدي إلى التناقض فإنه لا يدري هل وكله بالحفظ أو بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو غير ذلك؟ ولا يجوز أن يكون وكيلاً في جميع ذلك فلم يصح.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في بيع كل قليل وكثير من مالي يجوز لأن تخصيص البيع جعل المراد بعموم ماله معلوماً. وكذلك لو قال: وكلتك ببيع عبيدي أو إمائي كان جائزاً وله أن يبيع كلهم.

فرع آخر

لو قال: وكلتك ببيع من [٨٤/ب] رأيت من عبيدي هؤلاء الثلاثة جاز، وليس له أن يبيع كلهم.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في شراء ما رأيت بكل قليل وكثير من مالي لا يجوز، لأن جنس ما يشتريه بماله لا يصير معلوماً. وكذلك لو قال: اشتر بهذا الألف ما رأيت من العروض كانت باطلة إلا أن يكون مقصوده طلب الربح كما في المضاربة فيجوز. وكذلك لو قال: اشتر لي بهذا الألف ما علمت فيه حظاً من الأموال، وكذلك لو قال: وكلتك بشراء شيء كان التوكيل باطلاً. وكذلك لو قال: اشتر لي ثياباً أو دواباً كان باطلاً أيضاً.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في قبض ديوني صحت الوكالة، وكذلك لو قال: في قبض ودائعي لأنه لا غرر فيما ذكره بعض أصحابنا.

فرع آخر

لو وكله أن يزوجه امرأة بعينها، أو يزوجه من شاء كان جائزاً ذكره أبو حامد في «الجامع»، وفيه وجه آخر ذكره ابن سريج لا يجوز حتى يصفها بما يضبطه وهو اختيار الزبيري ذكره في كتاب «الفصول» لأن الأغراض تختلف فمن الناس من يرغب في الجمال، ومنهم من يرغب في كثرة المال ومنهم من يرغب في العشيرة أو في النسب.

فرع آخر

لو كان الوكيل بالنكاح ضمن الصَداق وأنكر الموكل الوكالة كان الوكيل غارماً لما ضمن. وأي قدر يضمنه؟ وجهان **أحدهما**: يضمن جميعه لاستحقاقه العقد، **والثاني**: يضمن نصفه لعدم الدخول فيه.

فرع آخر

لو وكله بأن يشتري له طعاماً بكذا كانت الوكالة بالحنطة لا غير، ولا يجوز له أن يشتري غيره وإن كان اسم الطعام ينطلق عليه اعتباراً بالعرف والعادة، ألا ترى أنه لو وكله ببغداد ليشتري له خبزاً فاشترى خبز الأرز لم يجز؟ وإن كان اسم الخبز يقع عليه. وعند أبي حنيفة له أن يشتري الدقيق أيضاً. وهكذا إذا قال: أسلم هذا في كرٍ من طعام أسلمها في الحنطة لا غير.

فرع آخر

لو وكله في شراء عبد بمائة فاشتراه قال ابن سريج: إن اشتراه على الوجه المأذون فيه فهو للموكل وإن كان [٨٥/أ] على وجهٍ غير مأذونٍ فيه فهو للوكيل. قال: والإذن ضربان إذن مستفاد لفظاً، وإذن مستفاد عادةً وعرفاً، فإذا وافق أحد الإذنين كان للموكل. وإن خالفهما كان للوكيل فإذا اشتراه بمائة دينار كان للموكل لأنه امتثل أمره لفظاً وعرفاً، وإن اشتراه بأقل من مائة وقع للموكل أيضاً لأنه امتثل الأمر عرفاً، فإن من رضي أن يشتريه بمائة فقد رضي بكل دينارٍ منها. وفيه وجه آخر الموكل بالخيار في قبول هذا الشراء ورده وليس بمشهور. وإن اشتراه بمائة ودينار وقع للوكيل لأنه خالف الإذنين جميعاً.

فرع آخر

لو قال: اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم كان للوكيل لأنه خالف الإذنين جميعاً معاً لأن العرف يقتضي الاقتصار على الجنس المأذون فيه، وإن كان في غيره فضل، كما لو أمره أن يشتري له عبداً بمائة دينار فاشترى له جارية بمائة دينار تساوي ألف دينار كانت للوكيل.

فرع آخر

لو قال: ولا تشتره بأقل منها لم يكن له أن يشتريه بأقل منها لأن الإذن العرفي أزاله باللفظ فإن اشتراه منه لم يلزم الموكل.

فرع آخر

لو قال: اشتره بمائة دينار ولا تشتره بخمسين، كان له أن يشتري بالمائة نطقاً ولا يشتري بالخمسين نطقاً، وله أن يشتري بما بين المائة والخمسين عرفاً. فإن اشتراه بأقل من خمسين فيه وجهان أحدهما يكون للموكل وهو الصحيح لأنه أذن له بالمائة نطقاً وبأبعاضها عرفاً واستثنى الخمسين نطقاً فما عداه يبقى على العرف كما يجوز أن يشتري بما فوق الخمسين، والثاني يقع للوكيل وهو اختيار أبي حامد لأنه لما منعه من الخمسين فما هو أقل منه أولى.

فرع آخر

لو أذن له بشراء عبد بصفةٍ بمائة دينار فقد أذن له بالمائة نطقاً وبأبعاضها عرفاً، فإن اشتراه بمائة بتلك الصفة أو بأقل من المائة صح إن كان يساوي مائة، فإن كان لا يساوي مائة يكون للوكيل، وإن اشتراه دون تلك الصفة بأقل من المائة وقع للوكيل لأنه خالف الإذن النطقي في المقدار والعرفي في الصفة [٨٥/ب] فإنَّ من رضي عبداً بمائة لا يرضى دون ذلك العبد بدون المائة.

فرع آخر

لو وكله ببيع سلعة بعينها فباعها بها أو بأكثر جاز، وإن باعها بأقل لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بعها من زيد بمائة فباع منه بأكثر من مائة لم يَجُز لأنه وكله في صحاباته، بخلاف ما إذا وكله في شراء عبد بمائة يجوز الشراء بأقل منها، والفرق أنه إذا وكله في البيع

منه بمائة فهو ممنوع من قبض الزيادة منه وليس للوكيل قبض ما منع من قبضه، وفي الشراء مأمور بدفع الزيادة ودفع الوكيل البعض جائز وإن منع الزيادة.

فرع آخر

لو قال: بعها بمائة ولا تبعها بأكثر لم يجز بيعها بأكثر، ولو قال: بعها بمائة ولا تبعها بمائة وخمسين له بيعها بمائة، ولا يجوز له بيعها بمائة وخمسين، ويجوز أن يبيعها بما بين المائة والخمسين، وهل يجوز أن يبيعها بالزيادة على مائة وخمسين؟ وجهان.

فرع آخر

لو وكله في شراء عبد بمائة فاشترى نصفه بخمسين وقع للوكيل لأنه خالف الإذن النطقي في شراء نصفه والعرفي بالتبعيض فيه. ولو أذن له أن يشتريه بثوب فإن اشتراه بثوب كان للموكل، وإن اشتراه بنصف ثوب كان للموكل أيضاً لأنه امتثل الإذن العرفي، فإنَّ من رضيه بثوب فهو بنصفه أرضى.

فرع آخر

لو وكله في بيع عبد فباع نصفه بأقل من ثمن الكل لم يجز، وبه قال أبو يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة وهذا لأن على الموكل ضرراً في تبعيضه.

فرع آخر

لو قال: بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار لم يجز. ولو باعه بمائة درهم ودينار جاز لأنه باعه المأذون وزيادة. وإن باعه بمائة وثوب فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه زاده خيراً كما لو باعه بمائة ودينار. **والثاني**: لا يجوز لأنه باعه بغير جنس الأثمان. ولأن بيعه بالعرض شراء وليس ببيع.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني بطل البيع في قدر الثوب وهل يبطل في الباقي؟ قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة. فإن قلنا: لا تفرق بطل في [٨٦/أ] الكل. وإن قلنا: تفرق بطل في حصة الثوب من العبد، فإن كان قيمتهما سواء بطل البيع في نصف العبد وثبت الخيار للمشتري لأن الصفقة تفرقت عليه ولا خيار للموكل لأنه رضي ببيع جميعه بمائة، فإذا باع نصفه بمائة فقد زاده خيراً، وحكي عن ابن سريج وجه آخر أنه لا خيار للمشتري أيضاً إذا علم بوكالته لأنه دخل على ذلك وهو عالم وهذا لا يصح لأن الاعتبار بمقتضى العقد،

والعقد اقتضى أن العبد صفقة واحدة، وقيل: فيه وجه ثالث أنه إن قال المشتري: علمت بوكالتي ولكني اعتقدت أن بيع وكيله ينفذ عليه أو قال: علمت أنه لا ينفذ عليه غير أني اعتقدت أن لي الخيار فله الخيار لأنه دخل في العقد على هذا الاختيار وإن كان بخلاف ذلك فلا خيار.

فرع آخر

لو وكله في شراء عشرة أعبدٍ وأطلق كان له أن يشتريهم صفقةً واحدةً وواحداً واحداً. فإن قيل: أليس قلتم: لو وكله في شراء عبد لم يكن له أن يشتريه في صفقتين؟ قلنا: الفرق أنه إذا اشترى نصفه فهو ناقص، وإذا اشترى واحداً بعد واحدٍ فلا نقص عليه.

فرع آخر

لو أمره بشرائهم صفقة واحدة فاشتراهم فإن كان من واحدٍ وقع للموكل لأنه امتثل الأمر نطقاً، وإن اشتراهم من اثنين وكانت العبيد مشتركة بينهم قال ابن سريج: يقع للموكل لأنه حصل جميعهم للموكل بعقدٍ واحدٍ. وقال أبو حامد: هذا لا يجيء على مذهب الشافعي لأن عقد الرجل مع الاثنين في حكم العقدين والصفقتين فهو كما لو أفرد كل خمسةٍ بعقدٍ لا يجوز لأنه خالف، كذلك ههنا، وهذا هو الصحيح.

فرع آخر

لو اشتراهم من اثنين صفقة واحدة خمسةً من هذا وخمسةً من هذا لا يكون الشراء للموكل بلا خلاف لأنهما صفقتان، وهل يلزم الوكيل؟ قد ذكرنا في هذا طريقتين أحدهما البيع باطل قولاً واحداً إلا أن يكون سمى لكل واحدٍ ما يخصه ثمناً. والثاني فيه قولان فإذا قلنا: يصح وقع للوكيل وهكذا ذكره ابن سريج وخالف [٨٦/ب] قوله في المسألة التي قبلها حيث قال: يقع الشراء للموكل إذا اشتراهم من اثنين وكانت العبيد مشتركة بينهم.

فرع آخر

لو وكله في بيع عبدين له وأطلق فباعهما صفقةً أو صفقتين جاز. ولو أمره ببيعهما صفقةً واحدةً لا يجوز في صفقتين.

فرع آخر

لو وكله بشراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بأكثر لا يلزم الموكل ويكون للوكيل. وقال ابن سريج: الشراء لازم للموكل بالمائة التي عين والزيادة تلزم الوكيل بضمانه وكأنه تطوع بها.

وهذا خطأ لأن الثمن واحد ولا يتبعض حكمه. ولأنه وافقنا على أنه لو عين العبد ولم يعين ثمنه مثل أن قال: اشتر لي سالماً فاشتراه بأكثر من ثمن مثله لا يلزم الموكلَ الشراءُ. فإن قال: الفرق بينهما أنه ليس في المقدر اجتهاد في الزيادة فصار متطوعاً بها بخلاف غير المقدر ثمنه، قلنا: ينتقض بالبيع فإنه يبطل بنقصان الثمن في المقدر وغير المقدر، ولا يقال في المقدر يصح ويلزمه النقصان من مال نفسه، ولو قال الموكل في هذه المسألة: أجزته وقبلت الشراء بأكثر من ثمنه لم يكن له ذلك. وقال ابن سريج: له ذلك ويصير له بالقبول لأنه إنما صرف إلى الوكيل نظر له فإذا سامح بالزيادة كان هو أحق به. فقيل له: أليس في البيع بدون ثمن المثل يبطل البيع وإن أجاز؟ قال: نعم والفرق أن البيع بمخالفته يصير فاسداً فلم يجز بالإجارة بخلاف الشراء.

فرع آخر

لو دفع إليه ألفاً وقال له: اشتر عبد فلان ولم يقل: بعينه ولا في الذمة، فيه وجهان أحدهما أنه يقتضي الشراء بعينه لأنه لما دفع إليه الألف دل على أنه قصد الشراء به، فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل ويكون له وهذا اختيار صاحب «الإفصاح» والثاني يجوز له أن يشتري بعينه وفي الذمة وينقد الألف منه للإطلاق.

فرع آخر

لو دفع إليه ديناراً ليشتري له شاةً وصفها له فاشترى له شاتين على الوصف الذي أمره به أو أطلق الشاة فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما ديناراً.

قال الشافعي في «الأم»: العقد صحيح وفي الملك قولان **أحدهما**: يملكهما الموكل معاً لأنه خالف الموكل على وجه ينفعه فجاز وكان جميعه [٨٧/أ] له كما لو وكله ببيع ثوب بدينار فباعه بدينارين. **والثاني**: ينتقل ملك إحداهما إلى الموكل وملك الأخرى إلى الوكيل، والموكل في شاة الوكيل بالخيار بين أن يقرها على ملك وكيله ويسترجع منه نصف دينار، وبين أن ينتزعها منه، قال ابن سريج: ويجوز انتزاع ملك الغير بغير اختياره لتعلقه بملكه ومشاركته له كما في الشفعة. وقال القاضي الطبري: ولا وجه لهذا القول إلا أن يكون على قولٍ يحكى عن الشافعي في البيع الموقوف.

وقال صاحب «الإفصاح»: يحتمل على هذا القول أن يقال: تلزمه إحدى الشاتين والأخرى لم يتناولها أمره فيقع ملكها للوكيل وهذا قول أبي حنيفة والأول أصح لحديث عروة البارقي على ما ذكرنا ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفعه فوقع له كما

لو قال له: بع بمائة فباع بمائة وخمسين. وهذا إذا كان الشراء في الذمة، فإن كان شراءهما بعين الدار فإن قلنا في المسألة الأولى: كلتاهما للموكل فكذلك ههنا. وإن قلنا هناك: إحداهما للموكل والأخرى للوكيل فههنا إحداهما للموكل ويبطل العقد في الأخرى لأنه لا يجوز أن يملك الوكيل بثمن هو ملك غيره. وقيل: لا فرق بين أن يكون الشراء بعينه أو في الذمة، لأن الشافعي نص في كتاب «الإجارة» على هذه المسألة وقال: إذا أعطاه ديناراً وقال: اشترِ به شاةً فاشترى به شاتين. وهكذا إذا وكله بأن يشتري عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم فاشترى أحد عشر قفيزاً من النوع الذي أمره به يكون على القولين. وإن لم يساوِ كل واحدةٍ منهما ديناراً ألا يلزم الموكل لأنه لا يطلب بدينار مالا يساوي ديناراً فعلى هذا إن كان الشراء في الذمة وقع للوكيل، وإن كان بغير الدينار بطل الشراء. وإن كانت إحداهما تساوي ديناراً والأخرى تساوي أقل من دينار فيه وجهان، **أحدهما**: للموكل ما يساوي ديناراً، والأخرى للوكيل، **والثاني**: وهو الأقيس كلتاهما للموكل لأن الذي تناوله إذنه قد وجده وهذه الزيادة [٨٧/ب] تنفعه من كل وجهٍ.

فرع آخر

إذا قلنا: كلتاهما للموكل فباع الوكيل إحداهما بدينار في الصورة الأولى وحمل إلى الموكل الشاة والدينار خرّج أبو العباس فيه قولين **أحدهما**: لا يصح البيع لأنه باع مال الموكل بغير إذنه وهو الأصح، **والثاني**: يصح لخبر عروة البارقي ولأنه بلغه غرضه أو حصّل له الشاة واستفضل له ديناراً فهو كما لو اشترى له ابتداء شاة بنصف دينار واستفضل له نصف دينار وهذا ضعيف، وتأويل الخبر أنه كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء.

وقال أبو حامد: أصل القولين في هذه المسألة مسألة البضاعة وهي إذا غصب مالاً واتجر فيه، فيه قولان **أحدهما**: التصرف باطل، **والثاني**: قاله في القديم رب المال بالخيار بين أن يجيز البيع فيكون كل الربح له وبين أن يبطله ويكون له ضمان ماله، وأما في الصورة الأخرى إذا كانت إحداهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه، وقلنا: كلتاهما للموكل فباع إحداهما، فإن باع التي قيمتها دينار لم يجز، وإن باع الأخرى فعلى الوجهين والفرق أنه إذا باع التي قيمتها دينار لم يحصل غرضه بخلاف ما إذا باع الأخرى.

فرع آخر

لو وكّلَ وكيلاً في شراء عبد فاشتراه ودفع ثمنه من مال موكله ثم استحق العبد هل يكون الوكيل خصماً في الرجوع بدرك الثمن على البائع بالوكالة الأولى؟ وجهان ذكرهما

القاضي أبو القاسم ابن[١] **أحدهما**: يكون خصماً فيه لأنه من أحكام عقده. **والثاني**: لا يكون خصماً إلا باستئناف وكالة لأن ما اقتضته الوكالة الأولى فقد تقضى. وقال القاضي أبو الحسن الماوردي: الصحيح أن يُنظر فإن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى الموكل كان الوكيل خصماً في الرجوع بدركه. وإن استحق من يد الموكل لم يكن خصماً فيه إلا باستئناف الوكالة لأن بحصوله في يد الموكل انقضت أحكام وكالته وانقطعت العلائق بخلاف ما قبل الوصول.

فرع آخر

لو كان له في ذمة وكيله ألف فقال له: أسلفه لي في كرٍّ من طعام فأسلفه قال ابن سريج: صح وإذا قبض الألف في ثمنه برئت ذمته منه، وإذا قبض الطعام كان أمانة في يده فإن هلك من غير تفريط [٨٨/أ] فلما ضمان عليه.

وقال أبو حامد: هذا سهو من ابن سريج ولا يجوز ذلك على مذهب الشافعي لأن الألف في الذمة فكيف يشتري به لغيره والغير ما تعيّن له حقه ولعله أراد أن يقول له: أسلف ألفاً في الذمة في كرٍ من طعام فلما فعل الوكيل هذا قال له الموكل: حصل عليّ ألف ثمن الطعام، ولي عندك ألف فادفع الألف الذي لي عليك إليه ففعل صح.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال لوكيله ولا شيء له عليه ولا في يده: أسلف لي من مالك في كر من طعام يكون الطعام لي والألف قرضاً عليّ ففعل صح، وإذا دفع الألف في ثمن الطعام كان قرضاً على الموكل والطعام له.

وقال أبو حامد: هذا غير صحيح أيضاً لأن عند الشافعي لا يجوز أن يشتري بمال نفسه لغيره فيكون المبيع لغيره، ولا أن يبيع مال نفسه فيكون الثمن لغيره ولكن لو قال لوكيله: أسلف لي ألفاً في الذمة في كرٍ من طعام فلما تم هذا قال له: اقض هذا الثمن عني من مالك ففعل صح لأن يقضي دين غيره بأمره، فإذا فعل كان قرضاً على الموكل قال أصحابنا: ويجوز أن يأذن له قبل أن يعقد بدفع الثمن من عنده لأن التصرف من الوكيل يجوز تعليقه بالشرط. ووجه قول ابن سريج أنه إذا أعتق عبده عن غيره جاز وكان الولاء

(١) سواد في الأصل فليحرر.

لغيره واستحق العوض عليه. فكذلك يجوز أن يشتري بملكه سلعةً لغيره وقال في «الحاوي» كما قال ابن سريج ثم قال: فيه وجهان:

أحدهما: أنه قرض فيه وكالة فعلى هذا إن لم ينص على قدر الثمن كان فاسداً لأن قرض المجهول فاسد.

والثاني أنه عقد وكالة فيه قرض فعلى هذا لو لم يذكر قدر الثمن جاز ويتفرع على هذا أن يقول لغيره: أقرضتك ألفاً على أن ما رزق الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفين فأحد الوجهين أنه قرض فاسد يكون ضامناً للمال وله الربح دون المقرض، والثاني أنه مضاربة فاسدة فعلى هذا ليس عليه ضمان المال والربح لربه وللعامل أجر مثله.

فرع آخر

إذا دفع إليه ألفاً وقال: أسلمه في طعام ففعل ولم يسم الموكل ثم اختلفا فقال: إنما أسلفت لنفسي وقال الموكل: بل لي فالقول قول الوكيل مع يمينه فإذا حلف حكم له بذلك [٨٨/ب] في الظاهر وكان للموكل الرجوع عليه بالألف.

وقال أصحاب أبي حنيفة: القول قول الموكل لأنه دفع دراهمه. واختلفوا إذا تصادقا إن لم ينوِ، لا له ولا للوكيل، فقال أبو يوسف: يكون للموكل لأن الظاهر معه حين دفع دراهمه، وقال محمد: يكون للوكيل.

فرع آخر

لو دفع إلى وكيله دراهم ليدفعها سلماً في طعام ففعل ثم إن المسلم إليه رد من الدراهم رديئة وصدقه الوكيل عليها وأنكر الموكل فهي لازمة للوكيل دون الموكل، وفيه قولان ذكرهما ابن سريج **أحدهما**: يرجع ببدلها على الوكيل والطعام في ذمته للموكل وهذا إذا قلنا في مشتري الدراهم بغير أعيانها إذا أصاب بها بعد القبض عيباً أنه يبدلها. **والثاني**: يردها على الوكيل فإذا أدى الطعام إلى الموكل رجع على الوكيل بحصة ما رده عليه من الطعام مثل أن يكون رد عليه الثمن فيرجع عليه بعشر الطعام، وهنا إذا قلنا في مشتري الدراهم إذا وجد بها عيباً لا يبدلها. فعلى هذا للوكيل أن يستوفي قيمة ما دفع من عشر الطعام من الدراهم المعيبة التي ردت عليه، فإن كان أكثر من حقه رد الزيادة، وإن كان أقل من حقه ليس له غيرها.

فرع آخر

لو دفع إليه ألفاً وقال: أسلفه في طعام ففعل وأطلق العقد ولم يذكر الموكل حال العقد وسلم الألف ثم أبرأ الوكيل المسلم إليه عن الطعام فإنه يبرأ في الظاهر لأنه هو المالك وللموكل تضمينه الألف دون الطعام لأنه وإن كان الوكيل قد أتلف الطعام الذي له في الذمة فقد تلف المسلم فيه قبل القبض وأخذ البدل عنه لا يجوز، فرجع إلى رأس المال.

فرع آخر

لو وكله في قبض عين من رجل فجحدها من هي في يديه فقد ذكرنا أنه إذا وكله في قبض دين فجحد هل له تثبيته؟ وجهان والقياس أن العين والدين سواء، وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يكون وكيلاً في تثبيتها لأنه وكيل في النقل فلم يملك الإثبات كالوكيل في نقل الزوجة بخلاف الوكيل في الدين وهذا غلط لأن القبض في العين كالقبض في الدين فإذا جاز له الخصومة في الدين جاز له في العين و [٨٩/أ] يخالف الزوجة لأنه لا قبض فيها.

فرع آخر

لو وكله ببيع داره أو قسمة نصيبه أو طلب الشفعة لم يكن له تثبيتها ذكره بعض أصحابنا وقيل: فيه وجهان أيضاً إذا وكله في القبض. وقال أبو حنيفة: إذا وكله في القسمة أو طلب الشفعة كان وكيلاً في تثبيتها لأنه لا يتوصل إلى ذلك إلا بإثبات الملك فيه، وهذا لا يصح لأنه لا يتضمن التوكيل في إثباته لأنه قد يصلح لأحدهما دون الآخر.

فرع آخر

لو وكل المسلم ذمياً في شراء خمرٍ لم يصح التوكيل، وإذا اشترى له لم يصح الشراء، وقال أبو حنيفة: يصح ويقع الشراء للمسلم وهذا غلط لأن ما لا يجوز أن يعقد عليه المسلم لا يجوز أن يوكل فيه الذمي كنكاح المجوسية.

فرع آخر

ذكره والدي رحمه الله، لو وكل وكيلاً ببيع ماله فطلبه واحد بألفين والآخر بألف فباعه بألفٍ يحتمل أن لا يجوز البيع لفقد النظر، ويحتمل أن يجوز البيع لأن إطلاق الإذن يقتضي البيع بثمن المثل، ولو قال: بعه بثمن مثله فباعه بألف في هذا الموضع جاز فكذلك إذا أطلق لأن مقتضى إطلاقه مقتضى هذا التقييد والأول أصح عندي.

فرع آخر

لو وكله بطلت الشفعة له في شقصٍ بيع ولم يتبين الثمن فأخذه الوكيل بالثمن وهو أضعاف قيمة الشقص .... يصح الأخذ لأن الشفعة إنما تؤخذ بمثل الثمن الذي وقع به البيع فالتوكيل بها توكيل بالأخذ بذلك الثمن قل أو كثر وصار من هذا الوجه كالتقييد.

فرع آخر

إذا وكل رجلاً ببيع عبده ثم إنّ رجلاً آخر وكّل هذا الموكل بشراء ذلك العبد من وكيله أو إطلاق الإذن فاشتراه من وكيله هل يصح؟ يُنظر فإن لم يقدر الثمن لم يصح لأنه يقصد إلى الزيادة في الثمن طلباً لحظ نفسه والغرض فيه يتضاد. وإن قدر الثمن.

قال والدي رحمه الله: يحتمل أن يجوز كما لو كان الوكيل غير المالك لأن شرائط العقد موجودة في الموضعين. ويحتمل أن لا يجوز لأن إيجاب الوكيل إيجاب الموكل حكماً، ولو جوزنا قبوله أدى إلى أن يكون موجباً وقابلاً في عقد واحد وهذا لا يجوز في حق [٨٩/ب] غير الأب والجد ونوضحه أن ابن العم لو أراد التزوج بموليته فوكل آخر بتزويجها منه لم يجز لأن إيجاب الوكيل إيجابه من جهة الحكم فيؤدي إلى أن يكون موجباً قابلاً، وعلى هذا لو وكل آخر بتزويج ابنته ثم إن رجلاً وكل هذا الأب بقبول نكاح ابنته من وكيله له ففعل هل يصح النكاح؟ يحتمل وجهين.

فرع آخر

لو وكل رجلاً بقبض دينه من فلان فقبضه الموكل وكان معيباً ولم يعلم بعيبه فجاء الوكيل وقبض الجيد ممن عليه فدفعه ذلك إليه قبل معرفة الموكل بالعيب ثم علم به فرد ما أخذه هل يصح قبض الوكيل عن الموكل؟ قال والدي رحمه الله: الذي عندي أنه يجوز، وعندي أنه لا يجوز لأن الرد بالعيب انتقاص من الوقت لا من الأصل وقد أخذ الوكيل ذلك بعد براءة ذمته فلا يصح قبضه.

فرع آخر

إذا وكل رجلاً بإعتاق عبده فقال الوكيل له: أنت حر إن كنت دخلت الدار الفلانية وكان العبد دخلها هل يعتق أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يعتق كما لو قال: أنت حر إن دخلت الدار. **والثاني**: يقع لأنه لم يؤخر العتق فإنه وقع بلفظه، وإذا علقه بالدخول في

المستقبل أخر العتاق بلفظه وهو وكيل بتنجيز العتق دون تأخيره فافترقا، والأول أظهر لأنه تعليق بالصفة، وإن كانت ماضية وهو لم يوكله بالتعليق.

فرع آخر

لو وكلهُ رجل ببيع عبده بعشرة إلى يوم الخميس فلم يبعه حتى دخل ذلك اليوم لم يكن للوكيل بيعه لأنه وكيل ببيعه بثمن مؤجل إلى وقت كذا وقد فات الأجل، فلو باعه لباعه حالاً كما ليس للوكيل بالحال بيعه بالمؤجل. وفيه وجه آخر أنه يجوز البيع.

فرع آخر

إذا باع مالاً من رجل وقال عند البيع: أبيع منك فإن كنت تشتريه للغير فلا أبيعه فظهر أن المشتري اشتراه للغير فالبيع باطل لأنه رجع عن إيجابه إن كان الشراء للغير وإن قال هذا قبل البيع ثم وقع البيع مطلقاً ففي صحة الشراء وجهان **أحدهما**: لا يصح، **والثاني**: يصح وما تقدمه من الموافقة لا اعتبار به وهذا أصح.

فرع آخر

لو قال [٩٠/أ] رجل لرجل أبرئني مما لك عليّ من الدين لأني معسر فأبرأه ثم تبين أنه كان موسراً صح الإبراء لأنه أطلق البراءة ولو قيد لا يجوز.

فرع آخر

لو ادعى رجل على رجل ألفاً فأنكر وأقام المدعي بينة بالحق حكم به، فإن قال المدعى عليه: استحلفه مع بينته أن الحق واجب عليه له لم يستحلف لأن فيه طعناً على البينة. ولو قال له: أبرئني من الحق أو قضيته أحلفناه لأنه ليس فيه طعناً على البينة. فإن كانت المسألة بحالها وكان مكان وكيل المدعي والموكل غائب فادعى وكيله على هذا الحاضر ألفاً فأنكر وأقام الوكيل البينة بذلك قضي بها لموكله. فإن قال المقضي عليه: استحلفوا لي الوكيل أن الحق واجب عليّ لم يحلف لأنه لا نيابة في اليمين. ولو قال: أبرأني الموكل من الحق أو قضيته لم يقبل وطولب بالحق فإن قال: استحلفوا لي الوكيل أنه ما أبرأني أو ما قضيته الحق لم نستحلفه لأنه لا نيابة في اليمين. ولو قال: هذا الوكيل يعلم أن موكله أبرأني من الحق أو عزله عن الوكالة وقال الوكيل: لا أعلم فالقول قول الوكيل ههنا مع اليمين، لأنه لو أقر بالإبراء انعزل عن الوكالة، فإذا لزمه الحق مع الإقرار لزمه اليمين عند الإنكار، فإذا حلف كلفنا المقضي عليه إقباض الحق وبه قال زفر، وقال أبو

حنيفة: لا يحلف لأن هذه اليمين متوجهة على الموكل، فإن قال: أنظرني حتى يحضر الموكل ويحلف لي أنه ما أبرأني أو ما قضيته لم نُنظِره وكلفناه الخروج عن الدين فإذا حضر الموكل فإن اختار أن يستحلفه فذاك إليه.

فرع آخر

لو حضر رجل عند الحاكم وثبت وكالته عنده في بيع عبده أو نقل زوجته إلى داره أو بيع داره التي في يد فلان فأقامت المرأة البينة أنه طلقها، وأقام العبد البينة أنه قد أعتقه ومن في يده الدار منه أنه قد اشتراها منه زالت وكالته لأن حق الموكل زال عما وكله فيه فهو كما لو وكله في بيع داره ثم باعها الموكل.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في طلاق واحدة من نسائي لم يجز حتى يعين ويحتمل وجهاً آخر يجوز.

فرع آخر

إذا قال للقاضي: وكَّلَني [٩٠/ب] فلان في خصومة هذا فاعترف الحاضر بذلك ولا بينة للوكيل هل يسمع القاضي خصومته؟ وجهان.

فرع آخر

لو وكَّلَ رجلاً في مطالبة رجل بحقه فالقياس ليس له قبضه، وظاهر المذهب له قبضه.

مسألة: قال: ولو كانَ لرجلٍ على رجلٍ حقٌ فقالَ لهُ رجلٌ: وكلني فلانٌ بقبضِهِ منكَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان في يده مال لرجل بغصب، أو عارية، أو وديعة أو في ذمته مال كالدين والقرض وأرش الجناية فجاء رجل فقال: أنا وكيل صاحب الحق وقد وكلني بقبضه منك[١] لا يخلو إما أن يصدقه في ذلك أو يكذبه، فإن كذبه أو قال: لا أعلم نُظر فإن كان معه بينة وأقامها وجب التسليم إليه لأنه يبرأ بالدفع إليه. وإن لم تكن له بينة فالقول قول من عليه الحق بلا يمين وقياس مذهبنا أنه لا تسمع دعواه عليه لأن الوكيل بالخصومة لا يدعي قبل ثبوت وكالته عندنا.

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٦/ ٥٥١).

وقال أبو حنيفة: القول قوله مع اليمين وهذا غلط لأنه لو أقر به وصدقه لم يلزمه التسليم إليه فلا معنى لاستحلافه عليه. فإن قيل: إذا قامت البينة على الوكالة يجبرون على الدفع إليه وفيه تغرير بماله لأن الموكل يجوز أن يدعي عزله. قلنا: لا نقبل منه ذلك إلا ببينةٍ. فإن قيل: قد يشهد على عزله ويقيم عليه البينة. قلنا: يجيء فيه وجهان **أحدهما**: لا ينعزل إلا بعد علمه فيصح قبضه منه، **والثاني**: ينعزل ولا يصح قبضه ولا يبرأ الدافع. وإن صدقه في المال والوكالة جميعاً لا يجبر على دفعه إليه لأنا لو أجبرناه على دفعه إليه لغررنا بماله فإنه لا يأمن إذا دفعه إليه أن يجيء صاحب المال فينكر الوكالة فيلزمه غرامة ما دفعه إلى الوكيل فلم يجبر عليه. وعلى هذا قال أبو إسحاق: لو أن صاحب المال طالبه بالمال وكان له عليه وثيقة كان له أن يمنع من دفعه إليه حتى يزيل الوثيقة خوفاً من أن يدعي ثانياً ويقيم البينة عليه، فإذا أجبرناه على دفعه إليه قبل إزالة وثيقته كنا قد غررنا بماله فكذلك ههنا.

قال أبو حنيفة: إن كان ديناً أجبر على التسليم، وإن كانت عيناً لم يجبر على تسليمها في إحدى الروايتين وقال محمد [٩١/أ] والمزني: يلزمه تسليم العين أيضاً، وروي عن محمد مثل قول أبي حنيفة، فإذا ثبت أنه لا يجبر عليه فإنه بالخيار إن شاء دفعه إليه، وإن شاء لم يدفع، فإن دفعه إليه فحضر صاحبه لا يخلو إما أن يصدقه في الوكالة أو يكذبه، فإن صدقه فقد برئ منه. وإن كذبه لا يخلو المال الذي دفعه إليه إما أن يكون باقياً في يد الوكيل أو تالفاً، فإن كان باقياً في يده أخذه منه. وإن كان تالفاً إن شاء غرم الدافع، وإن شاء غرَّم المدفوع إليه لأن الدافع دفع الشيء إلى من ليس بوكيله، وأما المدفوع إليه أخذه من غير أمره فإن غرم المدفوع إليه لم يرجع على الدافع لأنه يقول: أنا وكيله ولا ضمان عليّ فيما تلف في يدي فهو ظلم لحقني من جهته فلا يجوز أن يرجع بالظلم على غير الظالم، وإن غرم الدافع فلا يرجع على المدفوع إليه لأنه يقول: أنه وكيله فلا ضمان عليه وإنما ذلك ظلم لحقني من جهة صاحبه فلم يجز أن يرجع بالظلم على غير الظالم. وإن لم يكن قال: صدقت بل دفع على ظاهر الحال له أن يرجع على القابض إذا غرم لأنه يقول: ما صدقتك بل دفعت إليك على ظاهر الحال، فإما أن تثبت الوكالة حتى لا أغرم، أو ترد عليّ ما قبضت ويتفرع على هذا إذا أتلفها الوكيل أو تلفت بتفريطه فرجع على الدافع فينبغي أن يرجع الدافع عليه، وإن صدقه على الوكالة لأنه وإن قال: ظلمني بالرجوع عليّ فله حق على الوكيل فيأخذه ويستوفي منه حقه مع اعتراف الوكيل له بما يقوله. وإن كان ذلك ديناً في ذمته فلا مطالبة له على المدفوع إليه لأنه يقول: إن حقي في ذمتك والذي دفعت إليه بغير أمري لم يسقط حقي من ذمتك فكان له مطالبته بحقه دون المدفوع إليه وهذا اختيار عامة أصحابنا.

ومن أصحابنا من قال: له أن يطالب أيهما شاء، فأما الدافع فلما ذكرناه، وأما المدفوع إليه فلأن من عليه الدين دفعه إليه لأجله، وقضاء لما عليه من الدين فهو بمنزلة ما لو وكل بقضاء الدين ودفع إليه مالاً ليحمله إليه [٩١/ب] ويقضي به دينه منه كان له مطالبة الوكيل به، فكذلك ههنا وهذا اختيار أبي إسحاق، فعلى هذا إن قبض من الوكيل فقد برئ به الدافع الذي كان عليه الحق والوكيل أيضاً، وإن رجع على الدافع نُظر فإن كان المال باقياً في يد الوكيل كان له أن يرجع به مع اعترافه أنه مال صاحب الدين لأنه على زعمه ظالم له بما أخذه، فإذا وجد له مال أخذ ذلك منه وإن كان قد تلف في يده لم يرجع عليه بشيء لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه. وإن كان أتلفه أو تلف بتفريط رجع بمثله لما بيناه في العين إذا تلفت. وقد قال القاضي الطبري: هذا من غلطات أبي إسحاق، وليس كذلك عندي على ما ذكرنا.

فرع

لو جاء رجل إلى رجل فقال: لفلان عليك ألف درهم وقد مات وأنا وارثه ولا وارث له غيري فصدقه وجب عليه، قال الشافعي رحمة الله عليه: أجبر على دفعه إليه، والفرق بين المسألتين أنه إذا صدقه فإنه يقر بأن المال له وليس هناك من هو أحق منه فلزمه دفعه إليه كما إذا أقر له بالمال لزمه دفعه إليه وليس كذلك في الوكيل فإنه يقول: هناك من يستحق المال غير الوكيل وهو أحق به منه ولا آمن أن ينكر الوكالة فيلزمني الغرامة، فإن قيل: فقد يجوز أن يكون في قوله صاحب المال قد مات كاذباً فتلزمه الغرامة فينبغي أن لا تجبر على دفع المال إليه قلنا: قد صدقه على الموت ولا يجوز أن يكون موته صحيحاً ويلزمه الغرامة ويجوز مع صحة توكيله إياه أن يكذب فينكر التوكيل فيلزمه الغرامة فافترقا.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليك ألف درهم ولي عليه ألف درهم فأحالني به عليك فصدقه هل يجبر على دفعه إليه؟ وجهان **أحدهما**: لا يجبر لجواز أن ينكر الحوالة فيلزمه الغرامة قياساً على الوكالة، **والثاني**: يجبر عليه لأن الحوالة تنقل الحق من المحيل إلى المحتال فهو يقول: ليس ههنا أحق بالمال منه كالوارث سواء. وإن كذبه فالقول قوله.

وهل القول قوله مع اليمين أو بلا يمين؟ إن قلنا: يجبر على الدفع إليه عند التصديق [٩٢/أ] يلزمه اليمين وإلا فلا. فإذا تقرر هذا فاعلم أن في لفظ المزني إشكالاً وذلك أنه جعل لرب المال الخيار في مطالبة أيهما شاء وأنتم فرقتم على المذهب الصحيح بين الدين والعين، فقلتم في العين: إذا تلفت أيهما شاء، وفي الدين لا يطالب القابض.

قيل: أما الفرق بين المسألتين ظاهرٌ وهو ما أشرنا إليه أن الحق إذا كان ديناً وحلف رب المال على نفي التوكيل فرب الدين يزعم أن ما قبضه القابض شيء أخذه غصباً وذمة الدافع غير بريئة فلا مرجع لصاحب الدين إلى غير ذمة الدافع، فأما الوديعة التي هي عين المال فعين مال المودع الحالف على نفي التوكيل وقد صار قابضها في الحكم كصاحبها، والغصب إذا تلف عند الغاصب فعليه ضمانه وكلام المزني يحتمل أن يكون قد صور المسألة في الوديعة. فإن قيل: أفيجوز أن يعبر عن الوديعة بقوله: ولو كان لرجل على رجل حق؟ قلنا: لا يستبعد هذا، لأن الشافعي قال في كتاب الإقرار: لو قال لفلان: عليّ ألف ثم جاء بالألف وقال: هذا الألف الذي أقررت به كان وديعة له عندي قبل تفسيره، وإن كان مراد المزني الدين فقد أخطأ حيث قال: لرب الدين بعد يمينه مطالبة القابض. واعلم أن في لفظ المزني غلطاً وهو أنه قال: وإذا غرم القابض لم يكن له أن يرجع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم بريء وهذا غلط لأن المظلوم هو القابض لا الدافع لأن الدافع كان عليه ألف درهم فدفعه مرةً ولم يغرمه ثانية ولم يستحلف صادقاً ولا كاذباً فكيف سماه المزني مظلوماً، اللهمَّ إلا أن يجعل ذلك صفة للقابض فيقول: ليس للقابض أن يطالب الدافع لأن القابض عند نفسه بزعمه مظلوم بريء عما أغرم ولكنه خلاف ظاهر لفظه وعطف كلامه.

مسألة: قال: فإنْ وكلّهُ ببيعِ سلعةٍ فباعها نسيئةً كانَ لهُ نقضُ البيعِ بعدَ أنْ يحلفَ ما وكلُه إلا بالنقدِ.

وهذا كما قال: قد ذكرنا هذه المسألة بشرحها ونذكر الآن ترتيباً فنقول: إذا باعه نسيئاً ثم قال الموكل: وكلته بالبيع نقداً أو أطلقت التوكيل [٩٢/ب] لا يخلو حال الوكيل والمشتري من أربعة أحوال، إما أن يصدقاه، أو يكذبه، أو يصدقه الوكيل دون المشتري، أو المشتري دون الوكيل فإن صدقاه كان البيع باطلاً، فإن كان باقياً أخذه، وإن كان تالفاً يرجع بقيمته على من شاء من المشتري أو الوكيل، فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل لأن التلف في يده، وإن رجع على الوكيل رجع على المشتري، فإن كذباه فالقول قول الموكل على ما ذكرناه، فإذا حلف وكان تالفاً له مطالبة من شاء منهما بالقيمة، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لأنه يقول: البيع صحيح وعليك الثمن عند محله، فإذا حل الأجل يرجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الثمن فإن كان في القيمة أقل لم يرجع إلا بها لأن هذا القدر هو الذي غرضه وما زاد على ذلك لا يدعيه الموكل، وإن كان الثمن أقل لم يرجع إلا به لأنه يقول: هذا هو الواجب عليك وما زاد ظلم من الموكل عليك فلا يستحق الرجوع به، وإن رجع الموكل على المشتري فأخذ منه القيمة لم يرجع المشتري على الموكل لأن البدل استقر عليه. فإن كان الموكل قد قبض الثمن والمشتري طالبه بما

قبض منه، فإن كان الثمن قائماً أخذه منه. وإن كان تالفاً قال بعض أصحابنا: له الرجوع عليه بالبدل لا من ناحية أن يغرمه ما غرم لك من ناحية ضمان الدرك فإن المبيع ما سلم له فإن قال المشتري للموكل: خذ قدر ما قبضت من الثمن وخذ منه بقية القيمة صح وهو معنى قول الشافعي في «اختلاف العراقيين»: فإن كانت قيمة السلعة أكثر رجع الموكل بالفضل على المشتري. وإن كذبه الوكيل دون المشتري أو المشتري دون الوكيل فالحكم في المصدق كما لو صدقاه وقد مضى.

أما قول المزني: إذا حلف نقض البيع لم يؤد به أنه منعقد حتى يحتاج إلى نقضه بل إذا حلف حكم بأن البيع في الأصل غير منعقد وإنما هو تجوز في العبارة والشافعي قد فعل في كتاب النكاح مثل ذلك.

مسألة: قالَ وإنْ وكلهُ بشراءِ سلعةٍ فأصابَ بها عيباً كانَ لهُ الردُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا وكله في شراء [٩٣/أ] سلعة أو غيرها كالعبد والدابة لم يخل من أحد أمرين إما أن يوكله في شراء موصوف أو معين، فإن وكله في شراء موصوف فإطلاق هذا يقتضي أن يشتريه سليماً من العيوب، ولو اشترى معيباً مع العلم به لا يلزم الموكل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: له أن يشتري المبيع من الأعمى والمقعد والمقطوع لعموم أمره في القراض. وهذا غلط لأن الإطلاق يقتضي السلامة كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ ويفارق القراض يجوز للعامل فيه شراء المعيب مع العلم به لأن القصد به طلب الفضل وقد يطلبه بشراء المعيب والقصد من التوكيل في الشراء أن يشتري له ما يقتضيه ويدخره ولا يقصد ذلك إلا في السليم، فإن ابتاع على ما وصف فوجد بها عيباً كان ردها بالعيب لأن توكيله إياه بالشراء يقتضي السلامة من العيوب، ويكون الشراء صحيحاً لأنه اشتراه على ظاهر السلامة فإن قيل: فهلا قلتم إن الشراء باطل إذا ذكر أنه يشتريه لموكله لأنه اشترى غير ما تناوله الإذن كما لو وكله بشراء سلعة فاشترى غيرها؟ قلنا: لأن التحرر من العيب يشق ويخرج لأنه ربما يكون خفياً لا يعرف فسومح فيه فأجيز البيع وجعل له الرد بخلاف ما لو عدل من عين إلى عين.

وقال والدي رحمه الله: لو كان العيب ظاهراً يمكنه معرفته ولكنه لم يعلم يحتمل أن يجعل هذا كالعلم فيقع الشراء للوكيل ويحتمل أن يصح الشراء للموكل وعليه يدل كلام أصحابنا، ولهذا له الرد به ولا يجعل كأنه علم به. وإذا أراد الوكيل الرد فقال له البائع: انتظر حتى يطالع الموكل فلعله يختارها لم يلزمه ذلك لأنه ربما لا يرضى الموكل فيفوته

الرد. ولو قال: طالعه بذلك فإن رضي وإلا فلك الرد لم يكن عليه تأخير الرد أيضاً. وإن أخر الرد في هذا الموضع وطالع الموكل فإن رضي فلا كلام، وإن لم يرضَ قال بعض أصحابنا: كان للوكيل الرد لأنه على هذا الشرط أخر الرد.

وقال أبو حامد: هذا ضعيف لأن حق الرد على الفور فإذا أخر فات وقته فلا يرد [٩٣/ب] ولو قال البائع: لا ترد لعل موكلك قد علم به وعرفه وسقط ردك فالقول قول الوكيل بلا يمين وله الرد ولا يلزمه التأخير كما لو باع عبداً بألف فقال المشتري: لا تقبض الثمن لعل الموكل قد أبرأني منه لا يلزمه تأخير القبض كذلك ههنا. وإن قال للوكيل: قد علم الموكل بالعيب ورضي به وسقط ردك فالقول قول الوكيل وقد قال المزني: ليس عليه أن يحلف ما رضي به الموكل، ومذهب الشافعي أن على الوكيل أن يحلف للبائع أنه لا يعلم أن موكله رضي بالعيب، وإذا حلف كان له الرد بخلاف المقارض ولا يمين عليه على أنه لم يعلم برضا رب المال به. وأما الذي نقل المزني قال أبو إسحاق: معناه أن البائع لم يدع رضا الموكل، فإذا لم يدع رضاه لا معنى لإحلافنا إياه، فأما إذا ادعى البائع رضاه وعلمه به لم يكن للوكيل رده حتى يحلف ما يعلم أن الموكل رضي به.

وقيل: معناه ليس عليه أن يحلف على البت والقطع بل يحلف على العلم، وقيل: أراد إذا لم يمتد الزمان بحيث يحتمل أن الموكل علم ورضي به، فأمّا إذا امتد الزمان واحتمل علمه فعلى الوكيل اليمين على العلم وإنما يحلف الوكيل لأنه يسقط عن نفسه الضمان بذلك لأنه إن لم يحلف وحلف البائع لقد رضي به الموكل لم يكن للوكيل فسخ البيع، ثم إذا جاء الموكل وأنكر الرضا فالبيع يلزم الوكيل وعليه أن يغرم للموكل ما دفع الموكل إليه. ثم إن المزني أعاد هذه المسألة في آخر الباب وليس في الإعادة فائدة سوى التعليل فإنه لم يذكر العلة أولاً ثم ذكر العلة في آخر الباب.

وحكى الشافعي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يحلف الوكيل، وعن ابن أبي ليلى أنه قال: لا يرد حتى يحضر الموكل ويحلف. واحتج أبو حنيفة بأنا لو قلنا: إنه يحلف لكان نائباً في اليمين وهذا لا يصح لأنه يحلف على نفي العلم لا بالنيابة وهذا الذي ذكرنا إذا عارضه البائع في الرد فإن قبل الرد وقبض العبد ثم حضر الموكل فذكر أنه كان قد علم بالشراء ورضي بالعيب قبل رد الوكيل وصدقه البائع على ذلك قال ابن سريج: للموكل أن يسترد العبد من البائع لأنه ليس للوكيل [٩٤/أ] رده بعد لزوم العقد وقد رده بعد لزومه. ولو رضي الموكل بالعيب قبل أن يرده الموكل لم يكن له رده ويخالف هذا المضارب إذا اشترى سلعة فوجد بها عيباً فرضي بها رب المال كان للمضارب ردها لأن للمضارب فيها قسطاً من الربح، فإذا رضي بها رب المال كان للمضارب ردها ليشتري سلعة يربح في بيعها وليس

كذلك الوكيل فإنه لا حق له في السلعة. وقيل: في المضارب وجه آخر أنه كالوكيل وهذا سهو، وإن رضي الوكيل بالعيب كان للموكل ردها لما ذكرنا أن الحق للموكل دون الوكيل فلم يسقط حقه برضا الوكيل وله اختيار إمساكها وهذا إذا كان الوكيل عرّف البائع أن يشتريه لموكله أو قامت به البينة، فإن لم يعرفه ذلك ولم يقم بها البينة فإن صدقه البائع كان له رده، وإن كذبه لم يكن للموكل رد السلعة على البائع ولكنه بالخيار إن شاء رضي بها معيبة وإن شاء ردها على الوكيل وطالبه بما دفع إليه من الثمن، فإن ردها على الوكيل لم يكن للوكيل ردها على البائع لأنه قد رضي بعيبها.

قال والدي رحمه الله: هكذا ذكر صاحب «الإفصاح» وقيل: نص عليه الشافعي وليس بواضح لأن الشراء صح للموكل ووقع الملك له فلا ينصرف الملك إلى الوكيل برده عليه.

وقال أبو حامد: يلزم الموكل ها هنا معيباً ويرجع على الوكيل بالنقص الذي أدخله عليه بتفريطه ترك الرد مع الإمكان لعدم إعلام الموكل. ثم فيه وجهان.

أحدهما: يرجع بأرش العيب من الثمن وهو الأصح، لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش، **والثاني**: قاله أبو يحيى البلخي: يرجع بما لحقه من النقص في القيمة، فإن كان قيمة المبيع معيباً والثمن الذي وقع به البيع سواء لا نقص هناك لا يرجع بشيء، وإن كان الثمن أكثر رجع بذلك القدر، وإن وكله في شراء سلعة معينة فاشتراها ثم وجد بها عيباً اختلف أصحابنا فيه على وجهين **أحدهما**: له أن يردها لأن توكيله بشرائه اقتضى سلامتها من العيوب كما لو لم يعين السلعة وقيل: [٩٤/ب] نص عليه في «اختلاف العراقيين» **والثاني**: ليس له ردها لأنه لم يكله إلى اجتهاده وإنما وكله بشرائها فقط فلم يجز له ردها وكان ذلك إلى الموكل، فإن شاء ردها، وإن شاء رضي بها.

فرع

قال ابن سريج: لو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري له طعاماً فاشتراه له فبان الألف معيباً فيه مسألتان:

إحداهما: إذا بان العيب قبل أن يقبض البائع الثمن، والثانية: إذا بان ذلك بعد أن قبض البائع الثمن فإن بان ذلك قبل أن يقبضه البائع لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون الشراء بعين المال، أو في الذمة، فإن كان بعين المال نُظر فإن كان العيب من غير جنسه فالعقد صحيح والبائع بالخيار وبين أن يقيم على البيع أو يفسخ، فإن أقام عليه قبض الثمن ناقصاً. وإن اختار الفسخ فسخ والثمن أمانة في يد الوكيل، وإن اختار البائع المقام على

البيع وأخذ بدل الثمن لم يَجُز لأن البيع إذا تعلق بعين الثمن لم يجز البدل ويكون الثمن أمانة في يد الوكيل فإن تلف في يده بلا تفريط فلا ضمان عليه. وإن كان الشراء في الذمة فالعقد صحيح قولاً واحداً وملك الموكل الطعام ووجب للبائع الثمن، فإن كان العيب في الثمن من غير جنسه أبدله الموكل. وإن كان العيب من جنسه فالبائع بالخيار بين أن يقبله ناقصاً وبين أن يطالب بالبدل لأن البيع ما تناول عين الثمن فيجوز البدل. وإن قبض البائع الألف ثم علم بالعيب لا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو بالذمة، فإن كان بعين المال فإن كان العيب من غير جنسه فالبيع باطل، وإن كان من جنسه فالبيع صحيح والبائع بالخيار فإن أمسكه معيباً فلا كلام. وإن أراد البدل لم يجز. وإن اختار الفسخ رد الثمن على الوكيل ويكون أمانة في يده، فإن تلف ضمن قولاً واحداً لأن الثمن إن كان معيناً لم يجب في ذمة الوكيل شيء. وإن كان الشراء في الذمة فالعقد صحيح وملك الموكل الطعام، فإن كان العيب من غير جنسه رده وطالبه بالبدل، وإن كان من جنسه فهو بالخيار بين الإمساك [٩٥/أ] والرد فإن اختار الإمساك فلا كلام.

وإن اختار الفسخ رد الثمن على الوكيل فإذا رده عليه نُظر فإن سلمه الوكيل إلى الموكل كان للبائع المطالبة، وإن تلف في يد الوكيل هل على الوكيل الضمان؟ وجهان بناءً على مسألة الثمن في ذمة من يتعلق فإن قلنا: في ذمة الموكل والوكيل واسطة كالضامن فلا ضمان على الوكيل ويطالب الموكل بالثمن ليدفع إلى البائع فإن قبضه البائع فأصابه معيباً أيضاً رده على الوكيل، فإن تلف في يده فلا ضمان عليه وعلى هذا أبداً لو تكرر ألف مرةٍ لأنه أمين.

وإن قلنا: يجب الثمن في ذمة الوكيل فعلى هذا يجب عليه الضمان لأن الموكل دفع إليه ليقضي الموكل دين نفسه به فما لم يقضِ به دين نفسه وهو ثمن المبيع الواجب في ذمته فهو أمانة في يده، فإذا قضى به دينه ضمنه، وإذا رده البائع عليه عاد إلى يده على الضمان فإذا تلف كان عليه الضمان فتكون في ذمته للموكل ألف معيب، وعلى الموكل أن يفك ذمة المشتري عن الألف الذي هو أصل الثمن وهو ألف سليم، فإذا فك ذمته بألف سليم فعلى الوكيل للموكل ألف معيب فإذا وجد ألفاً معيب من جنس ذلك المعيب أعطاه. وإن لم يجد فإن رضي الوكيل أن يعطيه سليماً مكان المعيب جاز، وإن لم يتطوع بألف بالفضل أعطاه بقيمته ذهباً لأنه قد أعوز بالمثل فيرجع إلى القيمة.

فرع آخر

لو وكل وكيلاً في بيع عين من الأعيان فباعها انتقل الملك عن الموكل إلى المشتري، وملك الموكل الثمن في ذمة المشتري ولا يملك الوكيل شيئاً في الوسط قولاً واحداً. ولو

وكل بالشراء واشترى لموكله شيئاً فنواه حين العقد، أو ذكره في العقد نطقاً انتقل الملك عن البائع إلى الموكل ولم يملك الوكيل في الوسط قولاً واحداً وقال أبو حنيفة: يدخل أولاً في ملك الوكيل ثم ينتقل عنه إلى الموكل بلا فضل لأن حقوق العقد تتعلق به فدخل في ملكه، ولهذا لو اشتراه بأكثر من ثمن مثله دخل في ملكه. وهذا غلط لأنه قبل لغيره عقداً فصح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي.

فرع آخر

إذا اشترى الوكيل بعين مال الموكل ملكه البائع على الموكل ولا يملك البائع على الموكل ثمناً بحالٍ، وإن اشترى بثمن في الذمة فمن الذي وجب فيه الثمن؟ قال ابن سريج: [٩٥/ب] فيه وجهان:

أحدهما: يجب على الموكل لأن الثمن على من ملك المثمن وملك المثمن للموكل دون الوكيل، وللبائع مطالبة الموكل به وله مطالبة الوكيل أيضاً ويكون بمنزلة الضامن ومباشرته قبول العقد بنفسه وعلى هذا إن غرم الوكيل رجع به على الموكل لأنه ضمن بأمره، وإن غرم الموكل لم يرجع به على الوكيل. وعلى هذا إن أبرأ البائع الموكل من الثمن فإن الثمن يسقط، وإذا أبرأ الوكيل فإن الثمن لا يسقط عن الموكل وهذا هو المذهب وعبر أصحابنا عن هذا الوجه بأن الثمن يلزم في ذمة الموكل وذمة الوكيل على سبيل الضمان.

والثاني: أن الثمن لزم الوكيل دون الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، ألا ترى أن الوكيل إذا فارق في الصرف من المجلس قبل القبض بطل الصرف؟ وإن كان الموكل في المجلس وقبضه وإن فارق الموكل دون الوكيل لم يبطل الصرف فعلى هذا ليس للبائع مطالبة الموكل بالثمن وإنما المعاملة بينه وبين الوكيل، وعلى هذا إذا أبرئ الموكل لا يسقط الثمن، وإذا أبرئ الوكيل وهل للوكيل مطالبة الموكل في الثمن في الحال؟ خرَّج ابن سريج فيه وجهين **أحدهما**: له مطالبته في الحال قال هذا القائل: كما ثبت للبائع الثمن في ذمة الوكيل يثبت للوكيل في ذمة مثله وهذا ضعيف قيل: إنه كما لو أعاد عبده منه ليرهنه لنفسه فرهنه كان له مطالبته بنكاله. **والثاني**: ليس له مطالبته به حتى يدفع الثمن إلى البائع، فإذا دفع الثمن إلى البائع كان له أن يرجع عليه به وجرى هذا مجرى الحوالة على من لا حق عليه. وفرع ابن سريج على هذا فقال: لو قال لرجل: بعْ عبدك هذا من زيد بألف على ذمتي فباعه من زيد صح وتلف في يد العبد ولم يملك عليه الثمن ويكون الثمن على الضامن، والمطالبة عليه وحده فإذا دفع الثمن إلى البائع من عنده هل يرجع به على المشتري؟ نظر فإن دفع الثمن بإذنه رجع عليه فيه وإن كان بغير إذنه لم يرجع به عليه لأنه قد تطوع به، وبه قال أبو

حنيفة والأصح ما ذكرنا فيما قبل[١] لأن البيع[٢] وجب تمليك المبيع عوضاً ولا يجوز، وعلى ما ذكرنا لو كان وكيلاً في [٩٦/أ] الاستسلاف فاستسلف له ألفاً في كر من طعام ملك الموكل الثمن من المسلم وطعام المسلم في ذمة من وجب على ما ذكرنا من الخلاف.

فرع آخر

إذا قلنا: ليس للوكيل مطالبة الموكل ما لم يغرم فيما ذكرنا من المسألة لو أبرئ عن الوكيل لا يرجع على الموكل وإذا قلنا له مطالبته به قبل الغرامة لو أبرأ الوكيل منه رجع به على الموكل ولو دفع الوكيل بالثمن عرضاً فإن قلنا: لا يطالبه به قبل الغرامة رجع على الموكل بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العرض، وإن قلنا بالوجه الآخر رجع الوكيل عليه بالثمن دون قيمة العرض.

فرع آخر

لو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من البيع حتى يقبض الثمن لم يكن له على الوجهين، لأن البائع لم يمنعه منه خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو ذكر الوكيل الموكل عند الشراء وأنكر الموكل الإذن فإن صدّق البائع الوكيل على ما ادعاه من إذن الموكل كان البيع باطلاً. وإن كذب الوكيل هل يصير الشراء للوكيل لازماً؟ فيه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الوكيل هل يكون ضامناً للثمن مع تسمية الموكل أم لا؟.

فرع آخر

لو لم يكن الوكيل ذكر الموكل في عقد الشراء فإن كذّب البائع الوكيل فيما ادعاه من إذن الموكل فالشراء لازم للوكيل، وإن صدقه على الإذن ففي بطلان العقد وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الموكل هل يصير مشاركاً للوكيل في التزام الثمن في العقد؟.

فرع آخر

إذا قلنا بلزوم الشراء للوكيل في هذه المسألة هل يصير مالكاً للعبد؟ وجهان أحدهما

---

(١) (٢) العبارة غير واضحة في الأصل فليحرر.

يصير مالكاً له ويملك كسبه وزيادة ثمنه، **والثاني**: لا يملكه وإنما يكون في يده ليستوفي من ثمنه ما أداه في ثمنه، فإن زاد الثمن لم يملك الزيادة ولا فاضل الكسب.

فرع آخر

ولي اليتيم إن لم يذكر في العقد اسمه كان الولي ضامناً للثمن ولا يضمنه الطفل في ذمته ويؤدي ذلك من ماله. وإن ذكر اسمه في العقد لم يلزمه ضمان الثمن بخلاف الوكيل في أحد الوجهين، والفرق أن شراء الولي لازم للمولى عليه بغير إذنه فلم يلزم الولي ضمانه وشراء الوكيل يلزم بإذن موكله فلزم الوكيل [٩٦/ب] ضمانه.

فرع آخر

لو استحقت السلعة وضاع الثمن من يد الوكيل قد ذكرنا الحكم، وقال أبو حامد في «الجامع»: قد قيل: إن المشتري إن كان يعلم أنه وكيل رجع بالثمن على موكله دونه، وكذلك إن أقام الوكيل البينة أنه فلان فيما باعه، وإن لم يعلم بوكالته ولم يقم البينة رجع بالثمن إلى الوكيل والمال، ومن أصحابنا من قال: للمشتري الرجوع على من شاء من الوكيل والموكل بالثمن. فإن أخذه من الموكل لم يرجع به على الوكيل، وإن أخذه من الوكيل، رجع به على الموكل ولا فرق بين العلم بأنه وكيل أم لا، والمذهب الأول.

فرع آخر

إذا وكل في بيع ماله فباعه كان للوكيل والموكل مطالبة المشتري بالثمن. وقال أبو حنيفة: ليس للموكل المطالبة بالثمن وهذا غلط لأنه يصح قبض الموكل لهذا الدين فجازت له المطالبة به.

فرع آخر

الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن لم يبرأ منه وقال أبو حنيفة: يصح إبراؤه ويضمنه للموكل وهذا غلط لأن إبراء الموكل عنه يصح فلا يصح إبراء وكيله عنه بغير إذنه.

فرع آخر

لو صار الوكيل متعدياً ثم ادعى تلف العين قال القفال: القول قوله وعليه ضمان قيمته. وقال القاضي أبو عاصم الغامدي: لا يقبل قوله في التلف ويطالب بإقامة البينة على التلف، فإن لم تكن له بينة فالقول قول الموكل. وهكذا الخلاف في الغاصب إذا ادعى تلف

العين المغصوبة. فروع في الشهادة في الوكالة لأبي العباس ابن سريج رحمه الله، اعلم أن شهادة الوكيل على موكله مقبولة كما يشهد الوالد على ولده، والولد على والده. وإن شهد لموكله نظر، فإن شهد له في غير ما وكل فيه صح مثل إن كان وكله بالبيع فشهد له بالشراء وكان وكيله بالشراء فشهد له بالبيع، أو كان وكيله فيهما فشهد له بالنكاح قبلت شهادته في هذا كله. وإن كان فيما وكله فيه لا يخلو إما أن يكون مقيماً على الوكالة أو مصروفاً عنها، فإن كان مقيماً عليها لا تقبل شهادته قولاً واحداً لأنه خصم فيه بدليل أنه تسمع دعواه به عليه فلم يجز أن يكون شاهداً [٩٧/أ] فيه. وإن كان مصروفاً عن الوكالة لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون قد خاصمه فيه حين كان وكيلاً، أو صرف قبل أن يبتدئ بالخصومة، فإن كان قد خاصمه فيه لا تقبل شهادته لأنه صار خصماً له بدعواه المتقدمة. ولأنه يريد أن يزكي نفسه ويبين صدقه فيما ادعاه عليه فكان متهماً في شهادته. وإن لم يكن خاصمه فيه قولان مخرجان **أحدهما**: تقبل شهادته وبه قال أبو حنيفة لأنه ما لم يخاصم لم يصر خصماً فلا تهمة فيها، **والثاني**: لا تقبل لأنه يريد تزكية نفسه وبيان صدقه فيما كان قد دخل فيه من الوكالة ولأنه بعقد الوكالة صار خصماً، وبه قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله.

فرع آخر

لو أراد الوكيل أن يدعي ذلك الشيء لنفسه مثل إنْ وكله في دعوى دارٍ ثم عزله ثم ادعاها لنفسه فإن كان بعد أن ادعاها لموكله لم يجز، وإن كان قبل الدعوى وبعد قبول الوكالة فعلى ما مضى من القولين المخرجين.

فرع آخر

لا تثبت الوكالة إلا بشهادة ذكرين فأما بشهادة رجل وامرأتين لا تثبت لأنه إثبات تصرف فهو كالوصية إليه، وعند أبي حنيفة تثبت الوكالة والوصاية بشاهد وامرأتين. وعلى هذا عندنا لا تثبت جعلناهما بشاهد ويمين. وتثبت كلتاهما بالشهادة على الشهادة.

فرع آخر

إذا شهد أحد الشاهدين أن هذا وكيل فلان وشهد لآخر أن فلاناً وكله ثم عزله لا نحكم بصحة الوكالة لأن من شهد بالعزل يقول: ليس بوكيل فلا تثبت الوكالة بشاهد واحد. ولو حكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع أحدهما بعد الحكم وقال: قد كان موكله عزله لا تسمع شهادته الثانية. وإن قال ذلك أحدهما قبل أن يحكم الحاكم بشهادتهما لا نحكم بذلك بعد رجوع أحدهما، وخرّج ابن سريج فيه وجهاً آخر أنه يحكم بها لأن الشهادة بالوكالة قد

تمت، والشهادة الثانية بالعزل لم تتم وهذا سهو منه ولا يجيء على المذهب لأن ما يحدث بالشاهد بعد الشهادة [٩٧/أ] قبل الحكم بمنزلة المقارن للشهادة. وإن رجعا وقالا: عزله بعد الحكم ثبت العزل بشهادتهما لأن الشهادة تمت بالعزل.

فرع آخر

لو شهد أحدهما أن فلاناً وكل فلاناً يوم الخميس وشهد آخر أنه وكله يوم الجمعة لم يحكم بشهادتهما. ولو شهد أحدهما أنه أقر عنده يوم الخميس بتوكيله وشهد آخر أنه أقر يوم الجمعة عنده بتوكيله حكم بشهادتهما لأن الإقرار إخبار عن توكيل سابق فيجوز أن يخبر عن توكيل واحد في وقتين مختلفين بخلاف المسألة الأولى. وعلى هذا لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالعربية أنه وكله وشهد الآخر أنه أقر عنده بالعجمية أنه وكله ثبتت الوكالة. ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تتم الشهادة.

فرع آخر

لو شهد شاهدان أن فلاناً وكل فلاناً والموكل غائب فقال الوكيل: ما علمت هذا ولا أنا أتصرف عنه ثبتت وكالته، لأن معنى ذلك أني لم أعلم إلى الآن وقبول الوكالة ليس على الفور ويجوز متراخياً ولا يشترط قبولها قولاً. ولو قال: ما علمت ذلك وسكت قلنا له: فسر ذلك فإن فسر بما ذكرنا ثبتت وكالته. وإن قال: أردت بذلك أني لا أعلم صدق ذلك الشاهدين لم تثبت الوكالة لأنه قدحٌ في الشاهدين.

فرع آخر

لو ادعى رجل أنه وكيل فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فشهد أبناء الموكل أن أباهما عزله فإن صدقهما الوكيل انعزل بإقرار الوكيل. وإن كذبهما أو سكت فادعى من عليه الحق أنه عزل وكيله قبلت شهادتهما على أبيهما لأنهما شهدا على الأب. وإن سكت هو أيضاً ولم يقل شيئاً لا تسمع هذه الشهادة لأنهما شهدا لمن لا يدعى عزله والوكيل على وكالته. وإن قبض الوكيل الحق ثم حضر الموكل وذكر أنه كان قد عزل وكيله وأن القبض بعد العزل وأن شهادة ولديه صحيحة لم تقبل شهادتهما ها هنا لأنهما يشهدان لأبيهما، وذلك أنهما يثبتان له رجوعاً على من عليه الحق بعد استيفائه منه فلم تقبل.

فرع آخر

لو ادعى [٩٨/أ] الوكالة فشهد له أجنبيان وكان أحد الشاهدين قريب الآخر مثل إن كانا أخوين أو أباً وابناً قبلت لأن القرابة بين الشاهدين لا تقدح في الشهادة. وإن عهد للوكيل أخواه أو عماه قبلت. وإن شهد أبناؤه أو جداه لم تقبل. وإن شهد له أخوا الموكل أو عماه قبلت، وإن شهد أبناؤه أو جداه لم يقبل لأنها شهادة له فإنهما يثبتان تصرفاً عن الموكل. وقيل: يحتمل أن يقال: تُقبل لأن هذه الوكالة تثبت بقوله ويستحق الوكيل بذلك التصرف وما يثبت بقوله يثبت بشهادة القرابة عليه كالإقرار. وإن ادعى الوكيل الوكالة وأنكر الموكل فشهد عليه أبناؤه أو أبواه تثبت الوكالة وأمضى تصرفه لأن ذلك شهادة عليه.

فرع آخر

لو ادعى المكاتب أنه وكيل فلان فشهد له أخواه قبلت شهادتهما، وإن شهد له أبناؤه لم يُقبل. وإن شهد له أخوا السيد تقبل، وإن شهد له أبناء السيد لم تقبل لأنها شهادة تجر نفعاً للسيد.

فرع آخر

لو شهد للمكاتب سيده بذلك لم تقبل. فإن أدى المكاتب نجومه وعتق وأعاد سيده تلك الشهادة قال ابن سريج: فيه قولان يعني وجهان **أحدهما**: تقبل لأنه لا مضرة عليه في الرد فيقبل عند الإعادة كالصبي إذا شهد ثم بلغ أو أعاد تقبل، **والثاني**: لا تقبل لأنها شهادة ردت للتهمة فإذا أعاد لا تقبل كما لو ردت لفسق ثم أعادها.

فرع آخر

لو شهد أحدهما أن فلاناً وكل زيداً وشهد الآخر أنه وكل زيداً وعمراً فيه لم تثبت الوكالة لواحد منهما، لأن الشاهد الأول يشهد بثبوت التصرف لزيد على الانفراد، والثاني يشهد بأنه لم يوكله بالتصرف على الانفراد. لو شهد أحدهما أنه وكله ببيع العبد الفلاني وشهد الآخر أنه وكله ببيع ذلك العبد والعبد الآخر كان له التصرف في العبد الذي اتفقا عليه لأن الشهادة قد تمت فيه ولا يملك في الآخر.

فرع آخر

لو شهد شاهدان أنه وكل فلاناً بخصومته عند القاضي الفلاني لم يكن له [٩٨/ب] أن يخاصمه عند غيره. ولو شهد أحدهما أنه وكله بخصومته عند القاضي الفلاني وشهد الآخر أنه وكله بخصومته عند القاضي الآخر لم تثبت وكالته.

فرع آخر

لو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع مطلقاً وشهد الآخر أنه وكله ببيعه وقال: لا ينفذ البيع حتى تستأمرني لم يحكم بوكالته لأن الشهادة لم تكمل على وكالة مطلقة يملك التصرف فيها مطلقاً.

فرع آخر

لو شهد أحدهما أنه قال لزيد: أنت وكيلي وشهد الآخر أنه قال له: أنت جريي لا تثبت الوكالة لأن قوله وكيلي غير قوله جريي. ولو شهد أحدهما أنه أقر عنده أنه وكله وقال الآخر: اشهد أنه أقر عندي بأنه قال له: أنت جريي قال ابن سريج: تثبت الوكالة. والجري: هو الوكيل بلغة مصر.

فرع آخر

لو شهدا على نفس التوكيل فقال **أحدهما**: أشهد أنه قال له: قد وكلتك، وقال الآخر: أشهد أنه أذن له في التصرف حُكم بشهادتهما لأن أحدهما شهد بنفس اللفظ والآخر أخبر عن معنى قوله. وهكذا إذا قال **أحدهما**: وكله في بيع عقاره وطلاق زوجته، وقال الآخر: سلَّطه عليه حُكم بشهادتهما لأن أحدهما إذن بنفس اللفظ والآخر بمعناه وهذا أصل أن الشهادة إن كانت على نفس التوكيل لم تكمل شهادتهما حتى يحكيا فعلةً واحدةً، فإن حكى أحدهما غير ما حكاه الآخر لم تثبت. وإن لم تكن على نفس التوكيل بل على الإقرار لم يفتقر الاختلاف في العبارة إذا اتفقتا في المعنى.

وإن كانت الشهادة على نفس التوكيل ولكن حكى أحدهما لفظه، والآخر معنى لفظه كملت كالإقرار وعلى هذا الباب كله وقياسه. فإن قال **أحدهما**: قال له: وكلتك، وقال الآخر: قال له: أوصيت إليك فإن الشهادة لم تكمل على فعلٍ واحدٍ. وهكذا إن قال **أحدهما**: قال له: وكلتك، وقال الآخر: قال له: أوصيت إليك بالتصرف في حال الحياة فإن الشهادة لم تكمل على واحدٍ. وإن قال **أحدهما**: أقر عندي أنه وكله وقال [٩٩/أ] الآخر: أقر عندي أنه أوصى إليه لم تكمل أيضاً على فعلٍ واحدٍ لأن إخباره عن التوكيل غير إخباره عن الإيصاء، ولو قال **أحدهما**: أقر عندي أنه وكله، وقال الآخر: أقر عندي فقال: أوصيت إليه بالتصرف في حال الحياة كملت الشهادة لأنه إخبار عن الاستعانة بعبارتين.

فرع آخر

لو قال لغيره: اشترِ جارية زيد بيني وبينك فقال: نعم فلقيه آخر فقال له مثل ذلك

فاشتراها المأمور كانت بين الأول والمأمور إلا أن يقول: فسخت وكالة الأول واشتريتها للثاني فتكون بينه وبين الثاني.

فرع آخر

لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أبحت لك أكل كذا فيه وجهان. والله أعلم.

كتاب الإقرار

مسألة: قال[١]: لا يجوزُ إلا إقرارُ بالغٍ رشيدٍ.

الفصل

وهذا كما قال: الإقرار الإثبات، يقال: أقر فلان بكذا إذا أثبته، وقرَّ الشيء واستقر في ذمته، والاعتراف مثل الإقرار. وقيل: حقيقة الإقرار الإخبار بحق عليه، وحقيقة الشهادة الإخبار بحق على غيره. والأصل في الإقرار وتعلق الحق به الحكم به في الشريعة والكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٤] وشهادة المرء على نفسه هو الإقرار. وقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] أي: فليقر. وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّۦنَ﴾ إلى قوله: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١] وقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَرَفْنَا بِذُنُوبِنَا﴾ [غافر: ١١] وقوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُوا۟ بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٢] وقوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا۟ بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢].

وأما السنَّة قوله ﷺ في خبر العسيف «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٢]. واعترفت فرجمها. وروي «أن ماعز بن مالك أقر عند رسول الله ﷺ بالزنا فرجمه»[٣]. وروي أن الغامدية أقرت بالزنا فرجمها رسول الله[٤].

وأما الإجماع لا خلاف بين المسلمين فيه [٩٩/ب] ولأن الإقرار أقوى الحجج لأنه لا يتهم على نفسه فيما يقر والشاهد يتهم في الشهادة على غيره ويكفي في الإقرار واحد، ولا

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٧/ ٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري في الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت (٦٨٢٤) ومسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٤) والترمذي في الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التلقين في الحد (١٤٢٧).

(٤) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٥) وأبو داود في الحدود، باب المرأة التي أمر النبي برجمها من جهينة (٤٤٤٢) وأحمد في «مسنده» (٢٢٤٤٠).

يكفي أقل من شاهدين في الشهادة فإذا ثبت الحق عليه بالشهادة فلأن يثبت بالإقرار أولى. فإذا تقرر هذا فالكلام الآن فيمن يصح إقراره وفيمن لا يصح.

والناس ضربان: مكلف، وغير مكلف وأما غير المكلف فلا يصح إقراره بحالٍ وهو الصبي والمجنون وسواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز، مأذوناً له بالإقرار أو غير مأذون له فيه، وسواء كان حقاً على البدن أو حقاً في المال. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصح إقرار الصبي المميز إذا كان مأذوناً في التجارة وهذا غلط لقوله ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه»[(١)].

واعلم أن المراهق لو انتبه أقر بالاحتلام أو أقرت المراهقة بالحيض قبل إقرارهما إذا احتمل السن ذلك ولا يمين عليهما، ولا يقال: هذا إقرار غير بالغ بل هو إقرار بالغ. وللمراهق في بعض المواضع عبارة مسموعة وإن كان مردوداً في الإقرار في حق يلزمه في ذمته الأخرى أن يخير بين أبويه وهو ابن سبع سنين فيصح اختياره.

وقد قال بعض أصحابنا: يقبل انتسابه إلى أحد المتداعيين إذا استويا في الدعوى ولم يوجد[(٢)] إذا بلغ هذا السن ولذلك اعتبر الشافعي عبارته في مسألة أخرى فقال: إذا كشف الإمام عما تحت إزار صبيان المشركين ليفصل بين المقاتلة والذرية كما فعل رسول الله ﷺ في بني قريظة فصادف صبياً منهم قد نبت الشعر تحت ثيابه فقال: أيها الإمام إني لست بالغ فإني عالجت قبل أوان الإنبات حتى أنبت قبل قوله إذا احتمل ما يقول. ولو أقر الصبي بالوصية فيه قولان مبنيان على صحة وصيته. ثم إذا بلغ هل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ نُظر، فإن كان حقاً لزمه باختيار من له الحق كالقرض ونحوه لم يلزمه، وإن كان حقاً لزمه بغير اختيار من له الحق كالغصب وإتلاف المال يلزمه [١٠٠/أ] ذلك.

وأما المغلوب على عقله بجنون أو مرض، أي مرض كان سواء زال عقله بشيء أكله أو بشربه للدواء أو بعارض لا يُدرىٰ سببه أو والده فأوجر الخمر مكرهاً فذهب عقله لا يجوز إقراره بكل حال. فإن أفاق فأقر في حال صحته أنه فعل شيئاً في حال زوال عقله فإن كان حقاً على البدن كالقصاص ونحوه لا يلزمه ولولي المقر أن يأخذ الأرش ويأخذ المسروق منه السرقة. وكذلك البالغ لو أقر أنه صنع شيئاً من هذا في صغره وإن كان حقاً في المال فالحكم ما ذكرنا.

---

(١) العبارة غير واضحة في الأصل.

(٢) تقدم تخريجه.

ولو أقر الخنثى المشكل قبل أن يبلغ خمس عشرة سنة كان باطلاً سواء احتلم من فرج النساء أو من ذكر الرجال ولا يجوز إقراره ما لم يبلغ خمس عشرة سنة نص عليه في الإقرار بالحكم الظاهر.

وأما المكلف فعلى ضربين: مكره، وغير مكره فإن كان مكرهاً كان إقراره ساقطاً بكل حالٍ، وإن لم يكن مكرهاً فعلى ضربين:

محجور عليه وغير محجور عليه، فإن لم يكن محجوراً عليه كان إقراره صحيحاً لازماً سواء كان حقاً على البدن أو في المال، وسواء كان طلاقاً أو عتقاً فالباب واحد، وإن كان محجوراً عليه فهو على ثلاثة أضرب محجور عليه لسفه ورق وغلس، فإن كان لسفه نُظر فإن أقر بحق على البدن كالقطع والقتل والحد والتعزير استُوفي منه.

وإن كان حقاً في المال لم يلزمه في الحكم ولا يُستوفىٰ منه بعد زوال الحجر وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان حقاً لزمه باختيار من له الحق لم يلزمه لأن صاحب الحق ضيع حق نفسه. وإن كان حقاً لزمه بغير اختيار من له الحق وهو الإتلاف لزمه فيما بينه وبين الله تعالى. وإن كان حقاً في المال يتعلق به حق على البدن وهو السرقة لزمه القطع قولاً واحداً، وهل يغرم السرقة؟ قولان فإذا قلنا: لا يغرم ففك الحجر يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى دون الحكم. وإن كان الحجر لرق فإن أقر بما يتعلق بالبدن لزمه، وإن كان بالمال لزمه في ذمته قولاً واحداً فإذا عتق استوفي منه في الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى. وإن كان حقاً في مال يتعلق به حق على البدن مثل السرقة [١٠٠/ب] قطعناه وهل يتعلق الغرم برقبته فتباع فيه أم لا؟ وقد ذكرنا. وإن كان هذا الإقرار منه بعد عتقه في حق لزمه في حال رقه فإن كان حقاً على البدن أقيم عليه حد العبيد، وإن كان في مال استوفي منه إن كان واحداً. وإن كان بالسرقة قطعناه وغرمناه، وإن كان مأذوناً فكذلك إلا إذا أقر بماله تعلق بمال التجارة كالبيع والشراء فيقبل قوله ويستوفى مما في يديه من مال التجارة، فإن عجز عن شيء كان في ذمته دون رقبته. وإن كان الحجر للفلس فقد ذكرنا.

وأما قول الشافعي: بالغ رشيد. أراد بالرشيد العاقل لأنه ليس من شرط صحة الإقرار العدالة ويحتمل أنه أراد أن لا يكون سفيهاً محجوراً عليه حتى يصح إقراره بالمال فإذا تقرر هذا قال الشافعي بعد هذا: ومن لم يجز بيعه لم يجز إقراره.

فإن قيل: هذا لا يستقيم طرداً وعكساً لأن العبد المحجور عليه لا يجوز بيعه ويجوز إقراره بالقصاص ونحوه، والسفيه المحجور لا يجوز بيعه ويجوز إقراره بالقصاص والطلاق والنسب والاستيلاد، والأعمى لا يجوز بيعه ويجوز إقراره وكذلك السكران، قلنا: قال بعض

أصحابنا: أراد الإقرار بالبيع خاصة يعني لم يجز إقراره بالبيع.

وقيل: أراد أنّه لا يجوز أكثر إقراره وقد يذكر الحد على معنى الأكثر الأغلب وقيل: أراد لم يجز إقراره بالمال وهذا يستقيم في السفيه والعبد، وأما الأعمى فيجوز بيع ما شاهده قبل العمى ويجوز سلمه وفي غيره قولان. وقيل كل نقصٍ يمنع البيع يمنع الإقرار والأعمى لا يجوز بيعه لعدم الرؤية لا تنقصه. وأما السكران قال ابن أبي أحمد: يجوز إقراره، ولا يجوز بيعه كما ذكرتم وبه قال ابن أبي هريرة لأن البيع يجمع ماله وما عليه فإذا لم يجز ماله لم يجز ما عليه لأن أحد طرفيه لا ينفرد عن الآخر. وقال في «الإفصاح»: بيع السكران يحتمل وجهين.

وقال القاضي الطبري: الصحيح عندي جواز بيعه لأنا نجري أفعاله مجرى أفعال الصاحي. وقال في «الجامع»: روى المزني عن الشافعي في ظهار السكران ما إذا صح كان بمنزلة المجنون في إقراره. وقال الشافعي في موضعٍ: ولو شرب رجل خمراً أو نبيذاً مسكراً فأقر [١٠١/أ] في حال سكره لزمه ما أقر به. وقيلَ: أراد الشافعي ومن لم يجز بيعه بحالٍ كالصبي والمجنون لم يجز إقراره في حالٍ من الأحوال. وقيل المحجور عليه أربعة، والرابع المريض وحكم إقراره باقي.

فرع

إقرار المرتد في بدنه لازم قبل الحجر وبعده. وأما في ماله بعد الحجر ففي حجره وجهان **أحدهما**: يجري مجرى حجر المريض فعلى هذا عقوده لازمة وإقراره نافذ. **والثاني**: يجري مجرى حجر السفه، فعلى هذا عقوده باطلة وفي إقراره وجهان. وأما إقراره قبل الحجر فهل يصير محجوراً بنفس الردة؟ وجهان **أحدهما**: يصير محجوراً بها وحكمه مضى، **والثاني**: لا يصير محجوراً إلا بالحاكم فيجوز إقراره بحكم ينفذ.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه لا يجوز إقرار المكره قال الشافعي: والإكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع عنه من سلطانٍ أو لصٍ أو متغلبٍ. ويخاف المكره خوفاً عليه دلالة أنه إن امتنع من قبول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو إتلاف نفسٍ، فإذا خاف هذا سقط حكم ما أكره عليه. ولو كان لا يقع في نفسه أنه يبلغ شيء مما وصفت لم يسعه أن يفعل شيئاً ويلزمه حكمه. ولو حبس فخاف طول الحبس، أو قيد فخاف طول القيد أو أوعد فخاف أن يقع به الوعيد ببعض ما وصفت يسقط عنه ما أكره عليه، ولو فعل شيئاً له حكم ثم

أقر بعد فعله أنه لم يخف أن يوفي له بوعيد ألزمه ما أحدث من إقرارٍ وغيره.

قال: ولو حبس أو قيد فقال: ظننت أني إن امتنعت مما أكرهت عليه لم ينلني حبس أكثر من ساعة ولم ينلني عقوبة لخفت أن لا يسقط عنه المأثم فيما فيه مأثم مما قال: فأما الحكم فيسقط عنه من قبل أن الذي به الكره كان ولم يكن على يقين من التلخص.

فرع آخر

لو قال لرجل: أقررت لك بكذا وأنا مكره فالقول قوله مع يمينه، وعلى المقر له البينة أنه أقر له غير مكره.

فرع آخر

لو شهد شاهدان أن فلاناً أقر لفلانٍ وهو محبوس بكذا، أو عند سلطان بكذا فقال المشهود عليه: أقررت خوفاً من الحبس أو لإكراه السلطان فالقول قوله مع يمينه إلا أن تشهد البينة أنه أقر عند سلطان غير [١٠١/ب] مكره ولا مخافة ولا محبوس بسبب من أقر له، نص على هذا كله في كتاب «الإقرار» بالحكم الظاهر وهذا كما لو كان موكلاً به لأن شاهد الحال يدل على أنه مكره.

فرع آخر

قال: لو أقر لعبدٍ لزمه الإقرار وكان المال المقر به للسيد. وقال في «الحاوي»: إن قلنا: يملك بالتمليك صح، وإن قلنا: لا يملك وجهان، **أحدهما**: لا يصح كما لا يصح للبهيمة.

والثاني: وهو الأصح يصح لإمكان معاملته على ذمته. وكذلك إذا أقر به المجنون لزمه، وكذلك لو أقر مستأمنون ببلاد الحرب لأهل الحرب أو بعضهم لبعض غير مكرهين ولزمهم الحد أيضاً، كما لزمهم في دار الإسلام.

فرع آخر

لو أقر لبعير الرجل أو الدابة له لم يلزمه الإقرار، وكذلك لو قال: عليّ بسبب هذا البعير لا يلزمه إلا أن يبين ما لزمه مثل أن يقول: بجنايتي عليها ونحو ذلك. ولو قال: عليّ لسيدها بسببها كذا وكذا يلزمه ذلك.

فرع آخر

لو قال السيد: هذه الناقة عليّ بسبب ما في بطنها كذا وكذا لم ألزمه إياه لأنه لا يكون عليه بسبب ما في بطنها شيء أبداً.

فرع آخر

لو أقر لمسجد أو رباط وأطلق ففي صحته وجهان مخرَّجان من اختلاف قوليه في الإقرار للحمل مطلقاً.

والمذهب أنه يصح لأنه قد يستحق صرف ذلك في عمارته من غلة وقف عليه. ولو فسَّر فقال: لمسجد بمالٍ من وصية أو لرباطٍ بمالٍ من وقفٍ عليه أو لماشيةٍ مسبلة بعلوفه من وصية أو صدقة فهذا صحيح وليس بتمليك بل هو إقرار بجهات ينصرف المال إليها.

فرع آخر

لو أقر لبيعةٍ أو كنيسةٍ بمال بطل الإقرار بكل حالٍ لأنه لا يصح الوقف على ذلك ولا الوصية له فلم يبق وجه الاستحقاق. وقيل: يقال له: فَسِّر فإن قال: إن نصرانياً أوصى له به فإن كان حربياً كان فيئاً، وإن كان ذمياً رد على ورثته.

فرع آخر

قال والدي رحمه الله: لو قال: لهذا الميت عليّ مال ظاهر ما قال في «المختصر» يقتضي جوازه لأنه قال: ولو أقر للميت وقال: هذا ابنه وهذه امرأته قبل، وأصل هذه المسألة إذا قال: كان لفلان عليّ كذا فهل هو إقرار؟ وجهان والظاهر أنه إقرار وتقدير إقراره للميت أنه كان له عليّ مال ففيه [١٠٢/أ] وجهان أيضاً.

ويمكن أن يقال: لا يصح الإقرار ههنا ويفصل بينه وبين ذلك بأن المقر له هناك في حال الإقرار ممن يثبت له الحق ابتداء فأمكن استصحاب الحكم الذي كان ثابتاً من قبل، وههنا المقولة على صفةٍ لا يثبت الحق له في حال الإقرار فيتعذر فيه الاستصحاب، ومن قال بهذا حمل كلام الشافعي على أنه أراد به إذا أقر له إقراراً صحيحاً لا إذا أضاف ذلك إلى حال الممات.

مسألة: قال: فإنَّ قالَ: لفلانٍ عليَّ شيءٌ ثم جحدَ.

الفصل

وهذا كما قال: الإقرار ضربان: ابتداء الإقرار، وجواب عن دعوى، واعلم أن الدعوى لا تسمع إلا محررة معلومة إلا في الوصية خاصة فإنها تسمع مجهولة إذا قال: أوصى لي زيد بشيء من ماله ويرجع إلى بيان الورثة. فإذا حرر الدعوى فقال: لي عليك ألف درهم، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، وإن أقر نُظر، فإن بيَّنها فلا كلام وإن أقر بمجهول فلا فرق أن يبتدئ بذلك أو يكون جواباً عن الدعوى فإذا قال له: عليّ شيء صح الإقرار ولزم، وإن كان مبهماً ويجب عليه تفسيره لأن من أبهم شيئاً وأجمله ثبت حكمه ويكون التفسير إليه كمجملات الكتاب والسنة، ويفارق الدعوى لأنها حق له والإقرار عليه فافترقا في الجهالة. وأيضاً إذا لم تصح دعوى المدعي للجهالة كان له داعٍ يدعوه إلى تحريرها، وفي المقر لا نأمن الرجوع عن إقراره فيسقط حق المقر له فألزمناه مع الجهالة. فإذا ثبت هذا لا يخلو إما أن يفسر، أو يمتنع من التفسير، فإن امتنع وقال: لا أفسره سألنا المدعي عن الذي أراد بالشيء فإن قال: أراد به الألف الذي ادعيت قلنا للمقر: قد ادعى عليك أنك أردت بالشيء الألف الذي ادعاه فما تقول؟ فإن قال: ما أردت ذلك وامتنع من التفسير قلنا له: إن فسرت وإلا جعلناك ناكلاً ورددنا اليمين على المدعي فيحلف أنه أراد بالشيء الألف ويقضى له به. وإن امتنع المقر له من اليمين قلنا: انصرفا فلا حكم لكما عندنا.

وقال في «الحاوي»: فيه قولان أحدهما ما ذكرنا وهو المنصوص، والثاني قاله في كتاب «الإقرار»: يحبسه حتى يفسر لأنه صار مقراً وبالامتناع من التفسير كالمانع من حقٍ عليه فيحبس به.

وقال بعض [١٠٢/ب] أصحابنا بخراسان: يحلف عند نكوله أن له عليه ألف درهم ولا يحتاج إلى أن يقول: ولقد أراد بإقراره ألفاً إذ لو لم يكن إقرار وحصل نكول كان المدعي يحلف هكذا فالإقرار المجمل لا يريد المقر له شراً وهذا حسن. وقال القاضي أبو عليّ البدينجي رحمه الله: لا أعرف على قولنا مثل هذه اليمين فإنه يحلف على إرادة غيره بالمبهم وهو ضعيف وهذا خلاف النص، ويمكن التوصل إلى معرفته بقوله وبالإمارات الدالة عليه. وإن فسر الشيء لم يخل من أحد أمرين إما أن يفسره بمالٍ، أو بما ليس مال، فإن فسره بمالٍ نُظر، فإن فسره بجنس الدعوى فقال: أردت بالشيء عشرة دراهم فإن صدقه المدعي في التفسير أخذه منه وكان على دعواه فيما بقي من الألف. وإن قال: ما أراد بالشيء العشرة وإنما أراد به الألف قلنا له: قد ادعى عليك الألف، وادعى أنك أردت بالشيء الألف فله أن يستحلفك على الأمرين يميناً واحداً أنه لا يستحق عليك الألف ولا

أردت بالشيء الألف، وما لم يجمع بين الأمرين لا تقبل يمينه ولو قال: مالك عليّ إلا درهم لكني أردت بإقراري ألف درهم لزمه الألف، فإن نكل عن اليمين يرد اليمين على ما ذكرنا. هذا إذا فسر بجنس الدعوى، فإن فسره بغير جنسها مثل أن قال: أردت بالشيء ثوباً أو عبداً رجعنا إلى المدعي وفي الرجوع إليه ثلاث مسائل: إحداها: إن قال: صدق في التفسير وذلك لي والألف لي أخذ ذلك وكان على دعواه في الألف.

والثانية: قال: صدق في التفسير وليس ذاك لي والألف لي لا يأخذ ذلك لأنه لا يدعيه وكان على دعواه في الألف.

والثالثة: لم يصدقه في التفسير بل قال: أردت بالشيء الألف، قلنا: هو يدعي عليك الألف والإقرار به فاحلف يميناً واحدةً عليها. ولو قال: لا أدري ما أراد بقوله وليس لي ذاك حلف ما له عليه ما يدعيه فتكون اليمين على حسب الدعوى، وإن فسره بما ليس بمال والمال ابتداء الإقرار وفي ذلك الشيء منفعة كالكلب الذي يُعد للصيد، والحرث والماشية، وجلد الميتة.

والسرقين ونحو ذلك فيه وجهان: **أحدهما**: يقبل منه وهو الصحيح لأن ذلك مما يحصل للناس فيه بغية صحيحة فيجب رده عليه ويصح [١٠٣/أ] أن يريده بإقراره.

والثاني: لا يقبل منه لأنه ليس بمال ويطالب بالتفسير ثانياً فإذا فسر بما هو مال قبل قليلاً كان أو كثيراً. وجده ماله قيمة.

فرع

لو فسره بالخمر والخنزير لا يقبل لأنه ليس بمالٍ ولا منفعة فيه وهذا اختيار القاضي الطبري والقفال، ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان **أحدهما**: يكون تفسيراً لأنه قال في الإقرار بالحكم الظاهر لو أقر أنه غصب منه شيئاً ثم فسره بكلب أو جلد ميتة لزمه تسليمه، وإن فسره بخمر أو خنزير أرقت الخمر وذبحت الخنزير.

والثاني: لا يكون تفسيراً لأن قوله: عليّ شيء إقرار بما تضمنه أو بما تصح الدعوى عليه به وهذا مما لا يصح الدعوى عليه به لأنه لا يقر عليه فلا يقبل تفسيره به ويفارق هذا قوله: غصبت لأنه قد يغصب ما ليس بمال ولا منفعة فيه ولا تتوجه به الدعوى عليه.

ولو قال في مسألة الغصب: أردت أني غصبتك فحبستك ساعة لم يقبل منه لأن الحر لا يغصب فخرج من هذا أن في مسألة الغصب يقبل وجهاً واحداً. وفي الإقرار بالشيء وجهان فإذا قلنا: يقبل لا يجب التسليم إليه بل يراق الخمر ويقتل الخنزير. ولو كان مما يقر

عليه اليد وهو الكلب وجلد الميتة يلزمه التسليم، فإن هلك قبل التسليم لا ضمان عليه. وقيل: إذا فسر الشيء بما ليس بمال فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: يقبل لأنه يمتد إليه اليد وإن كان خمراً، والثاني لا يقبل أصلاً، والثالث إن كان يقر عليه اليد يقبل وإلا فلا يقبل.

فرع آخر

لو فسره بما لا تثبت عليه اليد كقوله: أردت به جواب السلام أو جواب الكتاب أو الشمس أو القمر أو الريح أو النار لا يقبل منه.

فرع آخر

لو فسره بحد القذف هل يقبل؟ فيه وجهان **أحدهما**: يقبل لأنه حق الآدمي، **والثاني**: لا يقبل لأنه يؤول إلى مالٍ ذكره القاضي الطبري رحمه الله.

فرع آخر

لو فسره بحق الشفعة والقصاص يُقبل لأنه يؤدي إلى المال.

فرع آخر

لو فسره بقشر رمانة، أو قمع باذنجان لم يقبل منه فإن قيل: قشور الرمان مال فيجب أن يقبل منه. قلنا: ذاك مما لا يتمول في العادة لأنه يُرمىٰ به ويخالف [١٠٣/ب] هذا إذا أكثر فإنه يتمول في العادة.

فرع آخر

لو فسره بجوزة واحدة يُقبل لأنه لا يُرمىٰ به في العادة.

فرع آخر

لو فسره بحبة حنطة، أو حبة خردلة لا يقبل لأنه لا يطلق عليه اسم الشيء عادة، وقد قال القفال: لا يجوز أن يجعل هذا مهراً ولا ثمناً ولا ضماناً ولا أجرة. وقال في «الحاوي»: لو فسره بتمرة أو لقمة لا يقبل لأنه تافه حقير وإن كان اسم الشيء ينطلق عليه وهذا لأنه لا يستحق به مطالبة ولا يتوجه إليه إقرار لأمرين أحدهما ارتفاع اليد عنه، والثاني مساواة الجميع فيه وهذا غريب.

فرع آخر

لو فسره بالوديعة عنده يقبل، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يقبل تفسيره بغير المكيل والموزون لأن غير ذلك لا يثبت في ذمة، وهذا غلط لأنه مملوك يدخل تحت العقد كالمكيل. وقيل: حد المقر به كل شيء جازت المطالبة به.

وقيل: حده كل شيء جاز الدعوى به وهو فيما يجوز الانتفاع به وهذا أصح لأنه حد لما تجوز المطالبة به ولما يجوز الإقرار به لأن كل شيء صح الإقرار به سمعت الدعوى فيه وما رد في أحدهما رد في الآخر.

فرع آخر

إذا لم يفسر الشيء عند سؤال الحاكم أعاد القول عليه ثانياً، فإن أبى أعاد عليه ثالثاً وهل هو شرط أو استحباب؟ فيه وجهان **أحدهما**: شرط لا يجوز الحكم قبله ليتحقق بالتكرار امتناعه من التفسير، **والثاني**: أنه استحباب فإن حكم عليه قبل إعادة القول ثلاثاً أجزأ بعد إعلامه أنه يُحكم عليه بعد امتناعه.

فرع آخر

قال: فإن لم يفسر حتى مات قام ورثته مقامه في التفسير ووقف جميع ماله حتى يفسروا وإنما يوقف الجميع لأنه ربما يأتي التفسير على جميعه.

فرع آخر

الشهادة على الإقرار بالمجهول تجوز لأنها شهادة على الإقرار به لا بالمجهول نفسه. وإن شهدوا على نفس المجهول فقالوا: نشهد أن له عنده شيئاً أو مالاً أو حقاً فيه وجهان أحدهما يصح وقيل: نص عليه الشافعي في كتاب «الرهن» فقال: لو ادعى الراهن أن المرتهن أقر بقبض شيء من الحق وأنكر المرتهن فقامت البينة به فالقول قول المرتهن [١٠٤/أ] في قدره، والثاني لا تصح لأن البينة ما يبين ،وعندنا لا يبين شيئاً فسقطت وهذا أظهر وتأويل النص أن البينة قامت على الإقرار به.

فرع آخر

اعلم أن حق الله تعالى، كحد الزنا، وحد شرب الخمر، لا يلزمه الإقرار به عليه بل هو مندوب إلى ستره والتوبة منه لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من أتى منكم من

هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإن من أبدلنا صفحته نُقِم عليه حد الله»[١] وأما حق الآدمي كالقصاص وحد القذف فعليه الإقرار به والتمكين من استيفائه.

وأما حق الله تعالى المالي كالزكاة والكفارة لا يلزمه الإقرار به بل عليه أداؤه من غير إقرار. وأما حق الآدمي من العين والدين، والمنفعة والحق كالشفعة وغير ذلك فإن كان مستحقه عالماً به لزمه أداؤه من غير إقرار مما لم يقع فيه تناكر، وإن كان غير عالم به لزمه الأمران الإقرار والأداء.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: الإقرار لا يصح إلا بشروط أربعة مُقِرّ، ومُقَرّ له، ومقر به، وقد ذكرناها والرابع المقر عنده وهو من يصير الحق به محفوظاً إما حاكم ملزم أو شاهد متحمل وليس للإقرار عند غير هذين تأثير، فإن كان الإقرار عند حاكم فمن شرطه أن يكون بعد سماع الدعوى عليه فإن أقر عنده قبل سماع الدعوى وفي غير دعوى فيه وجهان:

أحدهما: يصح، حكاه ابن المنذر عن الشافعي.

والثاني: لا يصح وهو اختيار البصريين ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا من اختلاف قولي الشافعي هل للحاكم أن يحكم بعلمه؟ فإن قلنا: يجوز ذلك فهذا يجوز وإن قلنا: لا يجوز ذلك لا يجوز هذا. وإن كان الإقرار عند شاهدين فمن شرطه أن يسترعيهما فيقول بعد الإقرار: اشهدا عليّ بذلك. فإن لم يسترعهما وأقر عندهما أو سمعاه يقر من غير قصد لهما ففي صحة تحملها وجواز شهادتهما عليه بذلك وجهان والمشهور أنه يجوز.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: الإقرار ضربان: مفسر، ومجمل، والمفسر ضربان: مستوفى، ومقصر فالمستوفى [١٠٤/ب] أن يذكر مائة دينار بصفتها والمقصر أن يقول: مائة دينار ولا يذكر صفتها.

والمجمل عام وخاص فالخاص قوله: عليّ مال، والعام قوله عليّ شيء وقد شرحنا بعضها وتمام الشرح يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، فإذا تقرر هذا يرجع إلى بيان لفظ المختصر. قال: إذا أقر بشيء ثم جحد أي جحد أن يكون المراد بالشيء هو الذي يزعمه المقر له. وقوله: قيل له: أقرر بما شئت مما يقع عليه اسم شيء يوهم أن التفسير إلى مراده

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا (١٥٦٢).

ومشيئته وليس كذلك بل يلزمه أن يفسر إقراره بما علم أنه مراده عند إقراره بينه وبين ربه ولا يلزمه أن يفسره بجميع ما عليه له. وقد يكون لرجل على رجل أنواع ديون فيقول: لفلان عليّ شيء ومراده ذكر بعضها أو ذكر كلها، فإن أراد ذكر بعضها عند الإقرار فليكن تفسيره على وفق الإقرار. وإن أراد ذكر كلها فكذلك ينبغي أن يوافق التفسير اللفظ فصار تقدير كلام الشافعي كأنه قال: إذا جحد قيل له: أقرر بما شئت وأردت بإقرارك ومرادك لا على معنى الاختيار يوم تفسيرك.

مسألة: قال: وسواءٌ قالَ: لَهُ عليّ مالٌ أو مالٌ كثيرٌ أو عظيمٌ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان عليّ مال يرجع في تفسيره إليه، فإن فسره بما يتمول قُبل سواء كان قليلاً أو كثيراً مثل قيراط من فضة أو باقة من بقل. وإن فسره بغير المال لا يقبل قولاً واحداً ويخالف المسألة قبلها لأن حقيقة المال اسم لما يتمول فلا يقبل غيره.

وإن أراد على هذا صفة فقال: عليّ مال عظيم أو جليل أو خطير أو نفيس أو كبير أو كثير فحكمه حكم ما لو قال: عليّ مال ولم يزد عليه. وقال أبو حنيفة: إذا قال: مال كبير يلزمه عشرة دراهم. ولو قال: مال عظيم لا نص فيه، وقياس قوله أنه يلزمه عشرة دراهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: مال عظيم يلزمه نصاب تجب فيه الزكاة من أي جنس كان. وحكي عن أبي يوسف أنه قال: يلزمه مائتا درهم، قال أبو بكر الرازي: هذا [١٠٥/أ] مذهب أبي حنيفة. وربما يقولون: ما لا نص فيه لأبي حنيفة، فقوله فيه قول أبي يوسف لأنه قال: ما لا نص فيه فقولي فيه قول أبي يوسف.

وذكر بعض أصحاب مالك أنه إذا قال: عليّ مال فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: مثل قولنا. **والثاني**: لا يقبل إلا أول نصابه من نصب الزكاة من أي مالٍ كان. **والثالث**: ما يستباح به البضع والقطع في السرقة وهو ثلاثة دراهم أو ربع دينار. ولو قال: مال عظيم فقد قال بعضهم: هو كما قال: عليّ مال. ومنهم من قال: يلزمه زيادة على ذلك وإن قلّت. ومنهم من قال: يلزمه قدر الدية. وقال الليث بن سعد: يلزمه اثنان وسبعون درهماً لأن الله تعالى قال: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ﴾ وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين.

واحتج الشافعي لإبطال التقدير فقال: معلوم أن المسكين يرى الدرهم عظيماً فإذا أقر

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٧/ ١٠ ـ ١٢).

فقال: لفلان عليّ مال عظيم ثم فسره بدرهم أو درهمين فلم تقبل تفسيره وألزمته عشرة دراهم أو مائتي درهم فقد ظلمته، وإذا أقر لخليفة فقال: لفلان عليّ مال عظيم ثم فسره بعشرة أو بمائتين فقبلت تفسيره فقد ظلمت المقر له إذ ليس عندك في ذلك أصل من كتاب أو سنة وليس عندك في ذلك إلا مجمل كلام الناس وعاداتهم، وعاداتهم مختلفة على حسب اختلافهم. وربما يقرأ بعض أصحابنا: وليس عندك في ذلك إلا مجمل كلام الناس بالجيم والصحيح غير هذا وهو ما فسرنا، فإن قيل: في حديث عبد الرحمن بن عوف لما مرَّ بقوم يحلفوا بين الركن والمقام فقال: على دمٍ أو على عظيمٍ من المال، لقد خشيت أن يباهي الناس بهذا المقام، فقال الشافعي: لا يحلف بين الركنِ والمقام في أقل من عشرين ديناراً وحمل قوله: عظيم من المال على هذا المقدار وهذه مناقضة لأصله.

قلنا: الشافعي إنما حمل قوله على هذا المقدار لأن قصد عبد الرحمن بن عوف قد علم أنه لم يرد به جميع ما يقع عليه [١٠٥/ب] اسم المال العظيم لأنه قرنه بالدم. لأنه أخرجه مخرج الإنكار عليهم في انتهاك حرمة ذلك المكان في الشيء اليسير فكان هذا دليلاً من حاله على أنه قصد مقداراً من المال مخصوصاً، ولو اقترن بقول المقر من الدليل ما يدل على قصده لم نحمله على إطلاقه. وأما ما ذكر الليث ابن سعدٍ فلا يصح لأنه وصف ذلك بالكثرة ولا يمنع ذلك من وقوع الاسم على ما دون ذلك ولأن الله تعالى قال: ﴿اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾ [الأحزاب: ٤١] ولم ينصرف إلى هذا العدد.

فرع

لو قال: عليَّ مالٌ عظيم جداً أو قال: عظيماً عظيماً أو قال: مال وافر أو مغني أو تافه أو قليل أو صغير أو قليل جداً أو قال: مال قليل كثير أو وسط أو كثير إلا مالاً قليلاً أو مال إلا مالاً أو مال كثير عظيم جزيل ثقيل مغني فالكل واحد فبأي قدر من المال فسره جاز. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: لو قال: عليّ مال عظيم عظيم يلزمه ستمائة درهم وليس مشهور.

فرع آخر

لو قال: عليّ دراهم كثيرة أو عظيمة أو لا تُحصىٰ كثرةً، يلزمه ثلاثة دراهم ولا يقبل أقل من ذلك كما لو قال: عليّ دراهم. وقال بعض المتقدمين من فقهاء البصرة والمتكلمين: يلزمه درهمان وأصل هذا أن عندهم أقل الجمع المطلق اثنان لأن الجمع مشتق من اجتماع الشيء مع الشيء. وعندنا أقل الجمع ثلاثة لأن لفظ الواحد يسلم في التثنية ولا يسلم في الجمع فلم يَجُزْ أن يتفق العدد فيهما مع اختلاف صيغة اللفظ الموضوع لهما. وأما ما ذكروا

لا يصح لأنه مشتق من اجتماع الجماعة، وأن التثنية مشتق من اجتماع الاثنين.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: دراهم كثيرة أو عظيمة يلزمه عشرة دراهم، وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمه مائتا درهم. ولو قال: دنانير كثيرة عند أبي حنيفة يلزم عشرة وعندهم يلزم عشرون. ولو قال: حنطة عظيمة عند أبي حنيفة يُقبل ما يُسمّىٰ عظيماً في العادة، وعندهما يلزمه خمسة أوسُق. ولو تنازعا في الإرادة فالقول قول المقر مع يمينه فإن نكل عن اليمين فحكمه على ما ذكرنا.

فرع آخر

قال: ولو أقر بمال عظيم وذكر [١٠٦/أ] جنس المال فقال: له عليّ ذهب عظيم وغاب المقر فالمقَر له بالخيار بين ثلاثة أشياء: بين أن يصبر حتى يقدم المقر فيكون الكلام معه، وبين أن يكتب له كتاب إلى حاكم البلد الذي هو فيه فيكون الكلام معه هناك، وبين أن يأخذ من جنس ما أقر له بما يقع عليه اسم مال، فإذا حضر المقر فإن اعترف لك بما أخذت وزيادة وإلا فالقول قوله ويسلم لك ما أخذت هكذا نص عليه.

فرع آخر

لو قال: له عليّ دُريهمات لم يقبل أقل من ثلاثة عندنا.

فرع آخر

لو قال: عليّ دراهم ودراهم يلزمه ستة دراهم.

فرع آخر

لو قال: عليّ ثلاثة يقبل إذا بينها من جنسٍ أو أجناسٍ. وقال محمد: لا يقبل عند الإطلاق إلا من جنس واحد اعتباراً بالعرف. وهذا خطأ لأنه لا اعتبار بالعرف والأصل براءة الذمة.

فرع آخر

قال: ولو قال: لفلان عليّ أكثر من مال فلان أو أكثر مما في يديه من المال وهو يعرف ماله أو ما في يديه أو لا يعرفه فسواء، وأصله عن قوله فإن قال: أردت بقولي أكثر في الحل دون المقدار فإن ماله عليّ حلال وما في يد فلان حرام والحرام قليل أبداً، أو قال: أردت به أن الذي له في ذمتي أكثر بقاء لأن العين يخشى هلاكها والذي في الذمة لا

يخشى هلاكه، أو قال: أردت أن الذي له عليّ أكثر بركة قُبل قوله مع يمينه.

فرع آخر

قال: وإن قال: لفلان عليّ أكثر من عدد ما في يده من المال أو عدد ما في يد فلان من المال رجعنا إليه في عدد مال فلان فإن قال: ماله عشرة وأقررت بأحد عشر حلف ما أقوله بأكثر منه والقول قوله. ولو أقام المقر له شهوداً أنه قد علم أن في يده ألف درهم ألزمه أكثر ما قال لأن الإقرار إخبار والشهادة إخبار والمال ينتقل من حالٍ إلى حال فيخرج عن يد فلان ويعلم هو بذلك دون الشهود فلا يلزمه إلا اليقين. وكذلك لو قال الشهود: نشهد أن له ألف درهم فقال زيد عقيبه: عليّ لفلان أكثر مما له فالمرجع في تفسيره إليه وإن اتصل بكلامهم لما ذكرنا.

فرع آخر

لو قال: علمت أن له ألف دينار وأقررت لك [١٠٦/ب] بأكثر من عددها فلوساً أو حرزاً فالقول قوله مع يمينه، وهكذا لو قال: أقررت لك بأكثر من عددها حنطةً أو غيرها.

فرع آخر

لو قال لرجل: لي ألف دينار فقال له: لك عندي أكثر مما لك لزمه ألف دينار ولا أكثر منه بل رجعنا إلى تفسيره. فإن قال: زعم أن ماله ألف دينار قلنا: قد قلت له عليك أكثر من ماله فإن قال: أردت أكثر بقاءً فالقول قوله فيحلف في تفسيره ما أقوله بغلس أو جوزه. وإن قال: أردت أكثر عدداً كان المرجع في الأكثر إليه. وإن قال: قد علمت أن ماله ألف دينار وأقررت أكثر منه ذهباً لزمه أكثر من ألف دينار ذهباً.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليّ مثل ما لزيد عليّ جنساً وقدراً وصفةً ثم قال: لزيد عليّ ألف درهم يكون مقراً للأول بألف درهم. ولو قال: لزيد درهم فللأول درهم. ولو قال: مثل ما لزيد عليّ وأطلق ثم قال: للأول درهم ولزيد ألف لا يلزمه للأول ألف لأن مثل لفظه مشترك يقتضي المثلية في الجنس ويحتمل في القدر ويحتمل في الصفة ويحتمل في نفس الوجوب. ولو قال: مثل ما لزيد جنساً حُمل على الجنس دون القدر. وإن قال قدراً حمل على القدر دون الجنس.

فرع آخر

لو قال: لزيد عليّ ألف إلا نصف ما لعمرو عليّ ثم قال: لعمرو عليّ ستمائة فلزيد سبعمائة. ولو قال: لعمرو ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ ثم أقر لزيد بتسعمائة يكون لعمرو سبعمائة.

فرع آخر

لو ابتدأ المدعي فقال: لي عليك مائة دينار فقال: لك عليّ أكثر منها ثم بين درهماً قُبل لما ذكرنا من الاحتمال. ولو قال: أكثر منها عدداً يلزمه زيادة العدد من أي جنسٍ كان. ولو قال: أكثر منها جنساً وعدداً يلزمه أدنى زيادة على مائة دينار والله أعلم.

مسألة: قالَ: وإذا قالَ: لهُ عليَّ ألفُ درهمٍ ولمْ يُسَمِّ الألفَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: له عليّ ألف فقد حصر العدد وأَبهم المعدود، فإن أنقص من العدد شيئاً لم يقبل منه ويقال له: فسر المعدود، فبأي شيء فسره من المال قبل دراهم أو دينار أو تمر أو حب حنطة مع يمينه [١٠٧/أ] فإن فسره بما ليس بمال كالكلام ونحوها فعلى ما ذكرنا من الاختلاف. فإن كانت المسألة بحالها فعطف على ألف معلوماً فقال: ألف ودار أو ألف وثوب أو ألف ودينار أو ألف ودرهم فقد فسر العطف ويلزمه ذلك ويرجع في تفسير المعطوف عليه إليه كقوله: ألف ولم يعطف ولا يكون العطف تفسيراً للمعطوف عليه بحال.

وقال أبو حنيفة: إن كان العطف مما يكال أو يوزن أو يعد كان تفسيراً للمعطوف عليه، وإن كان غير ذلك كالعبيد والثياب لا يكون تفسيراً. وقال أبو ثور رحمه الله: يكون تفسيراً بكل حالٍ وهذا غلط لأن العرب قد تعطف جنساً على جنس، وجنساً على غير جنسٍ فيقول: رأيت زيداً وعمراً أو رأيت رجلاً وحماراً فلم يكن تفسير العطف تفسيراً للمعطوف. ولو قال: عليّ درهم وألف لزمه درهم ويرجع في تفسير المبهم إليه. ولو قال: عليّ ألف وخمسون درهماً، أو مائة وثلاثة دراهم، أو مائة وخمسون درهماً أو قال: خمسة وعشرون درهماً اختلف أصحابنا فيه، منهم من قال: لا يكون تفسيراً للمائة والألف والخمسة وهذا اختيار ابن خيران والإصطخري.

وقال أكثر أصحابنا: يكون تفسيراً للجميع فيلزمه دراهم كلها وهذا اختيار أبي إسحاق، وقال أبو حامد: وهذا قول الشافعي والفرق أن قوله دراهم خالف ما قبله في

الإعراب ولم يثبت به شيء فيفرد فكانت تفسيراً لما قبله وقوله: درهم ودرهمان موافق لما قبله في الإعراب ولزم به زيادة منفردة فلا يكون تفسيراً.

وقال القاضي الطبري: قال الشافعي في كتاب الإقرار والمواهب لو قال: عليّ ألف وكُرٌّ حنطة والكُر: اثنا عشر وَسَقاً يرجع في تفسير الألف إليه وهذا يدل على صحة قول ابن خيران والماسرجسي، قيل لأبي إسحاق: ما الفرق بينهما؟ فقال: إن قوله: ألف يحتمل المكيل والموزون والمعدود فإذا قال: وَكُرّ فلا يحتمل إلا الكيل، فإذا قال: حنطة فالظاهر أنه تفسير الكر لأنه أليق به فكان رجوعه إليه أولى من رجوعه إلى الألف المطلق وليس كذلك في مسألتنا لأن الألف والخمسين في الاحتمال [١٠٧/ب] واحد وليس لأحدهما على الآخر مزية. ولو قال: ألف وكر فقد أبهم كلاهما فيقال: فسر الألف بما شئت مما يعد وفسر الكر بما شئت مما يكال. وعلى هذا إذا قال: بعتك هذا الثوب بألف وثلاثة دراهم أو بخمسة وعشرين درهماً لا يصح البيع على قول ابن خيران ويصح على قول أبي إسحاق.

فرع

لو قال: لفلان عليّ ثلاثة دراهم وألف لا يكون تفسيراً للألف بلا خلاف. ولو قال: عليّ خمسة عشر درهماً كان تفسيراً للخمسة والعشرة بلا خلاف لأن هذين العددين مركبين وليس أحد العددين معطوف على الآخر.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف وأحد عشر درهماً فيه وجهان **أحدهما**: لا يكون تفسيراً كما لو قال: ألف وثلاثة دراهم. **والثاني**: يكون تفسيراً لأنه عدد منصوب للتمييز والتمييز أخص بالصفات والنعوت ويصير تقدير هذا الكلام له عليّ ألف وأحد عشر من الدراهم ويخالف العدد بلفظ الجمع كقوله: وثلاثة دراهم أو خمسة دراهم أو تسعة دراهم فلا يكون تفسيراً.

مسألة(١): قال: وإذا قالَ: له عليَّ ألفٌ إلا درهماً.

الفصل

وهذا كما قال: اعلم أن الاستثناء في الجملة صحيح في الإقرار والطلاق والعتاق وغيرها والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤].

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (١٦/٧).

ويجوز استثناء الأقل وإبقاء الأكثر، واستثناء الأكثر وإبقاء الأقل، واستثناء النصف من النصف وبه قال كافة العلماء.

وقال بعض أهل اللغة: لا يجوز أن يستثني إلا الأقل من نصف الجملة، وبه قال ابن دُرُسْتُويْهِ النحوي وهو مذهب أحمد رحمه الله، واحتج بأن الاستثناء تبع لباقي الجملة فلم يَجُز أن يكون أكثر منها وهذا غلط لأن الله تعالى قال عن إبليس ﴿**قال رب بما أغويتني لأزينن لهم في الأرض ولأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين**﴾ ثم قال بعد هذا: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَـٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢] فاستثنى الغاوين من العباد والعباد من [١٠٨/أ] الغاوين ولا بد أن يكون أكثر من الآخر أو يكونا مثلين، وأي ذلك كان فقد استثنى. ولأن الخارج بالاستثناء غير داخل في اللفظ ولا مراد به فاستوى حكم قليله وكثيره، وإن كان الاستثناء يرفع جميع ما تقدم لا يجوز مثل أن يقول: عليّ ألف إلا ألف. ويجوز الاستثناء من جنس المستثنى منه ومن غير جنسه بكل حالٍ وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: إن كان المستثنى مما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كالطعام والدراهم والجوز صح الاستثناء، وإن كان غير ذلك من الثياب العبيد لا يجوز.

وقال محمد وزفر: يسقط الاستثناء بكل حالٍ ويلزمه الألف وهذا غلط لأن لهذا الاستثناء وجهاً صحيحاً في الكلام فإنه إذا قال: عليّ ألفٌ إلا عبداً معناه إلا قيمة عبدٍ، ولو صرح هذا كان صحيحاً فجاز أيضاً حمل الكلام عليه. ولأنه لا يختلف أهل اللغة في صحة استثناء الجنس من الجنس ولكن اختلفوا في إعرابه فبعضهم نصبه، وبعضهم رفعه، فدل ذلك على جوازه.

وقد قال النابغة [من البحر البسيط]:

وقفت فيها أصيلاناً أسائلها ... أعَيَّت جواباً وما بالربع من أحد

إلا أواريَّ لأيَاً مَا أبينها ... والنوى كالحوض بالمظلومة الجلد

وقال أيضاً:

وبلدةٍ ليس بها أنيس ... إلا اليعافير وإلا العيس

واليعافير: ذكور الظباء، والعيس: الجمال البيض، والأواريّ: المعالف. وقيل: يجوز الاستثناء من غير جنسه في الإقرار وهل يجوز في غير الإقرار؟ وجهان لأنه قد يصح أن يؤخذ في الحقوق المقر بها غير الجنس بدلاً عنها ويتعذر وجود مثله في غير الإقرار.

فرع

ألفاظ الاستثناء إلا وغير وخلا وما خلا وحاشا. ولو قال: عليّ ألف واستثنى مائة أو أحط مائة فيه وجهان **أحدهما**: يكون استثناءً صحيحاً لأنه قد صرح بحكمه فأغنى عن لفظه، والثاني لا يصح لأنه واعد بالاستثناء إذا قال: استثنى وحاط بغير استثناءٍ إذا قال: أحط.

فرع آخر

إذا قال: لفلان أَلْفٌ إلا درهماً نقول له: فسر الألف الذي أبهمته. فإن قال: أردت به ألف جرزةٍ [١٠٨/ب] أو ألف لوزةٍ أو ألف باذنجانةٍ نُظر فإن كان إذا استثنى منه مقدار الدرهم يبقى من الألف شيء صح الإقرار، وإن لم يبق شيء لا يصح هذا التفسير.

فرع آخر

إذا لم يصح التفسير هل يجب هذا الألف كاملاً أو يطالب بتفسيره بألفٍ، يصح منه استثناء الدرهم؟ قال صاحب «الإفصاح»: فيه وجهان **أحدهما**: أن الألْف الذي فسره به يلزمه كله كما لو قال: له عليّ ألف درهم إلا ألف درهم بطل الاستثناء ولزمه جميع الألف فكذلك ههنا، **والثاني**: وهو اختيار أبي إسحاق لا يصح هذا التفسير ويقال له: فسره بألفٍ يمكن أن يستثنى به بمقدار درهم لأن الإقرار بالألف والاستثناء قد صح فلا يجوز إبطال الاستثناء، وليس كذلك إذا قال: له ألف درهم إلا ألف درهم فإن الاستثناء لم يصح فألزمناه ما أقر به والأول أصح لأنه لما فسره بالألف الذي لا يمكن أن يستثنى منه الدرهم وأخبر أنه أراد بالألف المطلق تبيّنا أن استثناؤه كان باطلاً. ولأنا إنما نطالبه بتفسر ما أراده بالألف المطلق ولا نجعله إلى اختياره، وإذا كان كذلك لم يكن لأمرنا إياه بتفسيرٍ آخر معنىً وهو اختيار ابن أبي هريرة فإن امتنع من بيانه هل يجعل كالناكل أو يحبس؟ ذكرنا وجهين.

فرع آخر

لو استثنى مجهولاً من معلوم مثل أن يقول: له عليّ ألف درهم إلا ثوباً صح ذلك. وكذلك إذا قال: إلا عبداً لأنه يحتمل أن يكون أتلف عليه ثوباً أو عبداً فيكون قيمته مستثناة من الألف فيقال له: بيّن قيمته فإن بينه بما يبقى بعد القيمة من الألف شيء قُبل منه ولا تصير الألف عبيداً خلافاً لمحمد رحمه الله، وعند أبي حنيفة إذا قال: عليّ ألف إلا درهماً تصير الألف كلها دراهم لاستثناء الدرهم منها ووافقنا إذا قال: إلا عبداً.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف إلا خمسين درهماً كان الدرهم تفسيراً للخمسين المستثناة دون الألف بخلاف ما لو قال: ألف وخمسون درهماً لأن إذا هنا عطف جملةٍ على جملةٍ، فإذا أتى بالتفسير كان تفسيراً لهما، وإذا قال: إلا خمسين هو استثناء وليس بعطفٍ فلم يكن الدرهم تفسيراً [١٠٩/أ] بل كان تفسيراً للاستثناء فحسب والحكم على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو كان الاستثناء مجهولاً أيضاً مثل إن قال: عليّ ألف إلا شيئاً يرجع في تفسيرهما إليه ويحتاج أن يبين بما يبقى شيء وإن قل. ولو قال: عليّ ألف درهم إلا شيء يرجع في تفسير الشيء إليه والحكم ما ذكرنا.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: عليّ ألف درهم إلا شيء ينبغي أن يفسر الشيء بأقل من نصف الألف، فأما بأكثره فلا يقبل. فإن قال قائلٌ: كيف نقبل منه التفسير المنفصل عن اللفظ في هذه المسألة ونظائرها؟ وقلتم اتصال الاستثناء شرط. قلنا: ليس أصل الاستثناء كالتفسير لأن الاستثناء لفظ ظاهره الإسقاط فإذا اتصل جعل منعاً لابتداء الوجوب إذ الكلام بآخره، وإذا انفصل تمحض ابتداء إسقاطٍ فكان مردوداً. فأما اللفظ المجمل فيجوز أن يتراخى تفسيره عن وقت وروده كألفاظ الشريعة. وعلى هذا قال أصحابنا: لو فسر المجمل تفسيراً غير مقبول فأراد أن يستأنف تفسيراً آخر كان ممكّناً منه، ولو وصل بالأصل استثناءً يرفع الجميع ثم أردنا لما بطل استثناؤه أن يستثنى مرة أخرى لم يمكّن منه.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف درهم ومائة دينار إلا خمسين، فإن أراد بالخمسين المستثناة جنساً غير الدراهم والدنانير يقبل، وإن أراد أحد الجنسين من الدراهم أو الدنانير أو هما قبل أيضاً. وإن فات بيانه قال أبو حنيفة: يعود الاستثناء إليهما لأنه يحتمل ذلك والأصل براءة الذمة.

فرع آخر

إذا ثبت أنه يعود إليهما فيه وجهان **أحدهما**: إلى كل واحدٍ منهما جميع الاستثناء فيستثنى من ألف درهم خمسون درهماً ومن مائة دينار خمسون ديناراً وهو الأصح. **والثاني**: يعود إليهما نصفين فيستثنيَ من الدراهم خمسة وعشرون درهماً ومن الدنانير خمسة وعشرون ديناراً.

فرع آخر

إذا استثنى عددين أحدهما معطوف على الآخر بحرفٍ من حروف العطف فإن الاستثنائين جميعاً [١٠٩/ب] يرجعان إلى المستثنى الأول مثل أن يقول: لفلان عليّ عشرة دراهم إلا درهمين وإلا ثلاثة دراهم فيلزمه خمسة دراهم.

فرع آخر

لو استثنى عددين ولم يكن أحدهما معطوفاً على الآخر بحرف من حروف العطف فإن الاستثناء الثاني يرجع إلى الاستثناء الذي تقدمه مثل أن يقول: لفلانٍ عليّ عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلا درهمين فيلزمه تسعة دراهم لأنه استثنى من الثلاثة درهمين فبقي درهم واحد وهو استثناء من العشرة، والأصل في جواز الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى: ﴿**قالوا إنا أرسلنا إلى قومٍ مجرمين إلا آل لوطٍ إنا لنجيناهم أجمعين إلا امرأته قدرنا**﴾ الآية... ومن أهل اللغة من ينكر ذلك ويقول: العامل في الاستثناء الفعل الأول بتقوية حرف الاستثناء، والعامل الواحد لا يعمل في معمولين ونقول في الآية أن الاستثناء الثاني من قوله تعالى: ﴿أَجْمَعِينَ﴾ وعنده يجوز ذلك ويترك العامل إلا.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليّ درهم ونصف درهم إلا نصف درهمٍ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه درهم ونصف ويكون الاستثناء باطلاً لأن الدرهم جملة والنصف جملة أخرى لأن أحدهما معطوف على الآخر والجملة الأولى قد استقر من غير الاستثناء لأنه إذا تخلل بين الاستثناء وبين المستثنى منه كلام استقر ولم يجز أن يرجع الاستثناء إليه، فإذا كان كذلك وجب أن يرجع إلى النصف الذي يليه وإذا رجع إليه رفع الكل، وإذا كان الاستثناء يرفع جميع المستثنى منه كان الاستثناء باطلاً.

والثاني: يجب درهم واحد لأن الكلام إنما يستقر بالسكت عليه، أو العدول إلى كلامٍ لا يتعلق بالإقرار ولم يوجد ههنا واحد منهما فوجب أن يكون الاستثناء راجعاً إلى الجميع. وأيضاً فإن من أصل الشافعي أن الاستثناء يرجع إلى جميع ما تقدم ذكره فيكون الجمل المعطوف بعضها على بعضٍ بمنزلة الجملة الواحدة [١١٠/أ] وإذا كان كذلك وجب أن يكون الاستثناء صحيحاً وهكذا لو قال: إلا درهم فيه وجهان **أحدهما**: يلزمه درهم ونصف، **والثاني**: يلزمه نصف درهم وهكذا لو قال: لفلان عليّ درهم ودرهم إلا درهماً فهو على الوجهين **أحدهما**: لا يصح الاستثناء ويلزمه درهمان وهو المذهب لأن الشافعي نص في

باب إباحة الطلاق على أنه لو قال: أنتِ طالق طلقة وطلقة إلا طلقة يقع طلقتان لأن الواو وإن كان يعطف إلا أنه لا يخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يتعقب أحدهما ويرفع جميعه فلم يجز. **والثاني**: يلزمه درهم واحد في الطلاق يقع طلقة واحدة.

فرع آخر

لو قال: عليّ عشرة إلا ثلاثة إلا أربعة قال الماسرجسي فيه وجهان **أحدهما**: يلزمه سبعة لأن الاستثناء الثاني غير صحيح لأنه رفع جميع الاستثناء الأول، **والثاني**: عليه ثلاثة دراهم فإن الثاني إذا لم يصح رجوعه إلى الاستثناء رجع إلى المستثنى منه فكأنه استثنى من العشرة سبعة، وقد تعطف العرب من غير حرف العطف قال الأخفش: تقول العرب: أكلت خبزاً زيتاً تمراً يريد به خبزاً وزيتاً وتمراً.

وقال بعض الشعراء:

كيف أصبحت كيفما مشيت مما يزرع الود في فؤاد الصديق

وعلى هذا إذا قال: عليّ عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلا ثلاثة فهو على هذين الوجهين قلت: ويحتمل وجهاً آخر يلزمه عشرة لأنه أثبت في الآخر ما نفى وزيادة فيثبت المنفي وتكون جملة المثبت عشرة والله أعلم. وعلى هذا لو قال: لفلان عليّ عشرة دراهم إلا عشرة إلا ثمانية فيه ثلاثة أوجهٍ أحدها يلزمه عشرة لأن الاستثناء الأول لم يصح، والاستثناء الثاني يرجع إلى الاستثناء الأول فإذا لم يصح الأول لم يصح الثاني. والثاني يلزمه ثمانية دراهم وهو الأقيس لأن الاستثناء الأول إنما يسقط إذا سكت عليه وإذا لم يسكت يستعمل [١١٠/ب] الكل والأول إثبات وقوله: إلا عشرة نفي.

وقوله: إلا ثمانية إثبات فلزم إسقاط العشرة من ثمانية عشر يبقى ثمانية. والثالث يلزمه درهمان فيبطل الاستثناء الأول، ويبقى الثاني فكأنه قال: عليّ عشرة إلا ثمانية وهكذا لو قال: عليّ ألف درهم إلا ألف درهم إلا مائة درهم كان على هذه الأوجه الثلاثة **أحدها**: يلزمه ألف، **والثاني**: يلزمه تسعمائة، **والثالث**: يلزمه مائة وهكذا في الطلاق إذا قال: أنت طالق إلا ثلاثاً إلا اثنتين.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليّ عشرة، أو ستة إلا أربعة إلا درهمين إلا درهماً يلزمه سبعة دراهم فإن كل استثناء يرجع إلى الاستثناء الذي يليه فيكون ستة إلا أربعة درهمين، ثم استثنى درهمين إلا درهم وذلك درهم فيكون الجميع ثلاثة فكأنه استثنى من العشرة فيكون المقر به

سبعة دراهم. وإن ثبت فات الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات فكأنه قال: عليّ عشرة تلزمني إلا ستة لا تلزمني فيكون أربعة ثم قال: إلا أربعة يعني أربعة تلزمني إلا درهمين لا يلزمني فيكون درهمين فيكون ستة ثم قال: إلا درهماً يلزمني فيكون سبعة. وعلى هذا لو قال: عليّ عشرة إلا ثمانية إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين إلا درهماً يلزمه خمسة دراهم فيكون ثمانية إلا ستة درهمين وأربعة إلا درهمين يكون درهمين ودرهم بعده يكون جميع الاستثناء خمسة فيكون قد استثنى من العشرة خمسة فيلزمه خمسة دراهم. وإن ثبت هذا قلت: معنىٰ عشرة يلزمني إلا ثمانية لا يلزمني فيكون درهمين ثم قال: ستة يلزمني إلا أربعة لا يلزمني فيكون درهمين ثم قال: درهم يلزمني فيكون المقر به خمسة دراهم. وعلى هذا لو قال: عليّ ألف إلا ثماني مائة إلا ستمائة إلا أربعمائة إلا مائتين إلا مائة تلزمه خمس مائة على ما بيناه.

فرع آخر

لو قال في الطلاق: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً قال ابن أبي هريرة: يقع ثلاثاً لأن إيقاع الخمس لا يصح فالصحيح من الخمس ثلاث، فإذا استثنى من الثلاث ثلاثاً لم يصح [١١١/أ].

وقال بعض أصحابنا: وهو اختيار القاضي الطبري يقع تطليقتان لأن خمساً إلا ثلاثاً عبارة عن الاثنين فكأنه قال: أنت طالق تطليقتين. وعلى هذا لو قال: أنت طالق خمساً إلا تطليقتين يقع طلقة على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يقع ثلاثاً.

فرع آخر

لو قال: هذا الخاتم لفلان وفصّه لي كان الاستثناء صحيحاً، كما لو قال: هذا الخاتم إلا فصّه لفلان. وكذلك لو قال: هذا الدار لفلان وهذا البيت لي أو إلا هذا البيت فالكل واحد. وإن فَصّل الكلام كان إقراراً بجميع الدار وبجميع الخاتم مع البيت والفصّ.

فرع آخر

لو قال: هذا العبد له إلا رأسه لم يكن استثناءً لأنه لا ينفصل.

فرع آخر

لو قال: غصبته عبداً إلا رأسه أو إلا يده فيه وجهان أصحهما: يكون غاصباً لجميعه لا لحالة ما استثناه، **والثاني**: أنه يكون مقراً بجزءٍ منه يرجع في بيانه إليه.

فرع آخر

لو قال: عليّ درهم ينقص دانقاً كان كقوله: إلا دانقاً.

فرع آخر

لو قال: غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه به ويقال: فسر فإن قال: أردت غصبتك نفسك وأدخلتك البيت أو المسجد فالقول قوله نص عليه في الإقرار بالحكم الظاهر وهكذا لو قال غصبتك وغصبتك مراراً كثيرةً.

فرع آخر

لو قال: غصبتك شيئاً يرجع في تفسيره إليه كما لو قال: غصبت منك شيئاً. ولو قال ههنا أردت غصبتك نفسك لم يقبل لأن قوله: غصبتك شيئاً فالشيء غير نفسه.

فرع آخر

لو قال: غصبتك هذا العبد أو هذه الجارية فهو كما لو قال: غصبتك أحد هذين العبدين فيلزمه الإقرار وعليه التعيين، فإن عيّن أحدهما وصدّقه المقر له أخذه وانصرف، وإن كذبه نُظر فإن قال: بل الآخر لي فالقول قول المقر مع يمينه يحلف ويسقط حق المدعي ويقال له: قد أقر لك بالأول فإن قبلته وإلا فذاك إليك. ثم هل يقر في يده أو يرده الحاكم إلى يد نفسه؟ وجهان وقد ذكرنا من قبل نظيره. فإن كانت بحالها فعين له العبد فقال له المقر: بل العبد والجارية كلاهما لي فالقول قول المقر [١١١/ب] مع يمينه. فإن كانت بحالها فقال: لا أعين قلنا للمقر له: عين أيهما ثبت واحلف أنه لك وحده فإن قال المدعي: هما معاً لي ولا أعين شيئاً والمقر لا يعين شيئاً وأنا أحلف عليهما واستحقها قلنا للمقر: قد ادعاهما وقد نكلت عن التعيين فإن عينت وحلفت وإلا جعلناك ناكلاً وحلف المقر له عليهما واستحق. وإن ماتا في يديه أو أحدهما فالقول في ذلك كالقول فيهما وهما حيان. وإن امتنع كل واحدٍ منهما من اليمين وسأل المقر له وقفهما حتى يعين الغاصب أحدهما فعلنا. فإن أقر الغاصب بأحدهما ثم ادعى المقر له أنه حدث بالعبد عيب عنده فقال الغاصب: بل كان العيب به حين الغصب فإنه عيباً لا يمكن حدوثه عند الغاصب فالقول قوله بلا يمين، وإن كان عيباً يمكن حدوثه عند كل واحد منهما فالقول قول الغاصب مع يمينه. وإن كان عيباً لا يمكن حدوثه عند المغصوب منه فالقول قول المقر له.

مسألة: قالَ: وإنْ أقرَّ بثوبٍ في منديلٍ أو تمرٍ في جرابٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا أقر بشيء في ظرفٍ أو وعاءٍ كان إقراراً بالشيء دون الظرف والوعاء فإذا قال: ثوب في منديل أو دهن في قارورة أو حنطة في مكيال أو ثوب في جراب أو تمر في جراب أو زيت في وعاء أو ماء في جرة لا تلزم الأوعية في هذه المسائل، قال الشافعي: وأصل ما أقول في هذا أني ألزم الناس أبداً اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل عليهم الأغلب، وبه قال مالك رحمه الله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: غصبت منه ثوباً في منديل كان غاصباً لهما لأن الظاهر أنه ظرفه في حال الغصب ووافقنا إذا قال له: عندي ثوب في منديل أنه لا يدخل المنديل فيه فنقيس عليه. قال بعض فقهاء المدينة: إن كان المقر به ذائباً مثل أن قال: عليّ زيت في دبّة دخل الظرف في الإقرار فإن كان جامداً لم يدخل. وعلى هذا لو قال: غصبتك حنطة في أرض أو من أرض أو زيتاً في حُبٍّ أو من حُبٍّ أو بعيراً في مرعى أو من مرعى أو عبداً في غنم [١١٢/أ] أو في إبل أو عبداً من غنم أو من إبل أو حنطة في سفينة أو في غرارة لم يدخل الوعاء في الغصب، وهكذا لو قال: ثياباً في عيبةٍ أو فصاً في خاتم أو خاتماً في فصٍ أو سيفاً في حمالةٍ أو حمالةٍ في سيفٍ لأن كل هذا قد يتميز من صاحبه فينتزع الفص من الخاتم والخاتم من الفص.

وهكذا لو قال: غصبتك زيتاً في زقٍ أو عسلاً في عكّةٍ أو شهداً في جونة أو جرة فيها زيتٌ أو قفصاً فيه طير أو عكة فيها سمن كان غاصباً للجرة دون الزيت والقفص دون الطير، والعكة دون السمن ولا يكون غاصباً لهما معاً إلا أن يبين فيقول: غصبتك عكةً وسمناً وجرةً وزيتاً فيكون غاصباً للشيئين والقول قوله في أي سمنٍ أقر به وفي أي عكةٍ أقر بها. وهكذا لو قال: غصبتك عكة وسمنها أو جرة وزيتها. أو غصبتك عكة بسمنها أو جرة بزيتها. وكذلك لو قال: غصبتك داراً بقماشها أو سفينة بطعامها كان إقراراً بهما لأن الباء يعلق الثاني على الأول.

فرع

لو قال: غصبتك حماراً عليه سرج، أو حماراً مسرجاً كان غاصباً للحمار دون السرج، وكذلك لو قال: له عندي دابة مسرّجة. ولو قال: دابة مع سرجها أو بسرجها كان إقراراً بهما. وذكر ابن أبي أحمد في «التلخيص» أنه لو قال: لفلان عندي فرس عليه سرج لم يدخل السرج في الإقرار، وقد ذكرناه نصاً في الحمار، ثم قال: ولو قال: لفلان عندي عبد عليه عمامة أو ثوب أو منطقة كان ذلك للمقر له، قلته تخرجاً، والفرق بينهما أن يد العبد يد

مولاه فإذا أقر أن عليه عمامة فإن العمامة يجب أن تكون في يد مولاه الذي أقر له به فلا تسمع دعواه أن العمامة له إلا ببينة، وليس كذلك الفرس لأنه لا بدل له، وإنما الذي عليه من السرج يكون في يد من هو في يده وهذا يقتضي فرقاً لا من جهة الإقرار، والعمامة غير داخلةٍ في الإقرار كالسرج وإنما يثبت له من جهة يد العبد ولا يد للفرس، ومن أصحابنا من خالفه فيه وقال: هذا لا يصح على أصل الشافعي وإنما يجب عليه [١١٢/ب] تسليم العبد فقط وتكون العمامة للمقر كالسرج وهو اختيار القفال وجماعةٍ، وهذا لأن العبد لا يد له على نفسه ولا على ما هو لابسه وممسكه ولهذا لا يقبل قوله: إني عبد لغير من هو في يده وهذا هو الصحيح عندي: وعلى هذا إذا قال: له عندي عبد على دابةٍ يجب أن يكون على هذين الوجهين. وعلى ما ذكرنا لو قال: غصبتك عيبة فيها ثياب كان غاصباً للعيبة دون الثياب.

فرع آخر

لو قال: له عندي رأس عبدٍ كان إقراراً بجميع العبد لأن رأس العبد لا ينفصل عنه.

فرع آخر

لو قال: له عندي ثوب مطرز، فإن كان الطراز منسوجاً معه دخل في الإقرار لأنه بعض الثوب، وإن كان مركباً عليه ففي دخوله في الإقرار وجهان **أحدهما**: يدخل لاتصاله، **والثاني**: لا يدخل لتميزه واحتماله.

مسألة[1]: قال: ولو قالَ: لهُ قبلي كذا ثمَّ أقرَّ بما شاءَ وأخذَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان قبلي كذا فذلك إقرار ملزم كما لو قال: عندي أو لفلان عليّ لأن لفظ قبلي ولفظ عندي متقاربان في معهود كلام العرب وفيه ثلاثة فصول يقول عليّ كذا. ويقول كذا وكذا. أو يقول: كذا وكذا وكل واحدٍ منها على ضربين، مطلق ومفسر:

أما الأول: وهو قوله كذا ولم يفسر كان كقوله: عليّ شيء. وإن قيد فقال: كذا درهم بالرفع أو بالخفض أو بالنصب يلزمه درهم فإن الإعراب لا يغير حكمه. والرفع أن يقول:

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٧/ ٢٦).

درهمٌ والخفض أن يقول درهمٍ، والنصب أن يقول: درهماً.

وقال في «الحاوي»: لا خلاف في هذا بين الفقهاء وإن كان على مقتضى الإعراب عند الخفض يتناول مائة درهم لأنه أول عددٍ يكون تفسيره محفوظاً بالإضافة لأن الفقهاء يجعلون قوله: درهماً أو درهمٍ تفسيراً لجنسه وقوله كذا يتناول من الأعداد واحداً. وقال القاضي الطبري: لو قال: درهمٌ بالرفع لزمه درهم واحد ويكون تقديره شيء هو درهمٌ، وإن كان درهمٍ بالخفض لزمه بعض درهمٍ حسب ما يفسره ويكون كذا كناية عن جزءٍ من الدرهم مضافٍ [١١٣/أ] إليه لأن كذا اسم مبهم بمعنى شيء فصح أن يفسر بجزءٍ من درهمٍ ولو قال: درهماً لزمه درهم ويكون منصوباً على تفسيره.

وقال بعض النحويين: إنه منصوب على القطع فكأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وعلى هذا مذهب نحاة الكوفة، وهذا اختيار كثير من أصحابنا وهو قول ابن أبي أحمد في تصنيفه. ولو قال: كذا درهمْ ووقف بغير إعراب قال بعض أصحابنا: فيه وجهان فعلى ما ذكره القاضي الطبري يلزمه بعض درهمٍ لأن المجرور يوقف عليه ساكناً كما يوقف على المرفوع وإذا احتمل ذلك لم يلزمه إلا اليقين. وعلى القول الأول وهو اختيار أبي حامدٍ يلزمه درهم.

وأما الثاني إذا كرر فقال: عليّ كذا وكذا فإن لم يفسر كان كقوله كذا مرةً واحدةً وهو كقوله: عليّ شيء شيء فهو شيء واحد والتكرار تأكيد وقد مضى حكمه وهذا لأنه لم يعطف أحدهما على صاحبه بحرف العطف واليقين هو التكرار وما زاد عليه شك، وإن فسر وقال: كذا كذا درهماً أو درهمٌ أو درهمٍ فهو على ما ذكرنا في قوله: كذا درهم حرفاً بحرفٍ.

وقال ابن أبي أحمد في «المصباح»: يلزمه درهم وزيادة إذا قال: كذا كذا درهماً وقال القاضي أبو عليّ الزجاجي قلتم: أنّا لا نلزمه الزيادة وهو على ما قال وذلك غلط.

وقال أبو حامد في «الجامع»: قد قيل أن المقر إذا كان من أهل العربية والعلم باللغة يلزمه أحد عشر درهماً إذا قال: درهماً بالنصب. وقيل: لا يلزمه حتى يقول: أردت ما توجب العربية وهذا لا يعرف للشافعي في شيء من كتبه. وقيل: هذا مذهب محمد ولا يفرق بين أن يكون عارفاً باللغة أو لا ولا نص فيه عن أبي حنيفة. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: إن كان نحوياً يلزمه ما قال محمد، وإن كان من العامة الذين لا يعرفون في الكلام يلزمه درهم واحد فهذا غلط لأن في قوله كذا درهم بالخفض لم يعتبر مقتضى اللسان في إيجاب مائة درهم كذلك ههنا.

وأما الثالث إذا قال: كذا وكذا فإن أطلق ولم يفسر كان كقوله شيء فشيء فيرجع [١١٣/ب] في تفسيرهما إليه فإن فسرهما بمالين فالقول قوله. وإن فسر وقال: كذا وكذا

درهماً قال المزني: يلزمه درهمان ثم قال: وقال في موضع آخر: يلزمه درهم فأكثر يعني أقل ما يقبل منه درهم واحد فإن زاد عليه قبل منه. واختلف أصحابنا فيه على طرقٍ فذهب المزني إلى أن المسألة على قولين **أحدهما**: درهم واحد وهو اختيار المزني لأن أقل شيئين فسرا بدرهم نصف ونصف والأقل هو اليقين. **والثاني**: يلزمه درهمان لأنه أقر بجملتين مبهمتين ثم فسرهما بالدرهم فالظاهر أن ذلك تفسيراً لكل واحدةٍ منهما. قال المزني: وهذا إذا نصب فقال: درهماً، فإن قال: درهمٍ بخفضٍ كان أقل من درهمٍ لأن تقديره كذا وكذا من درهم. وإن قال: كذا وكذا درهمٌ برفع يلزمه درهم واحد لأن تقديره كذا وكذا هما درهمٌ.

وقال أبو إسحاق: ليس على قولين بل هو على اختلاف حالين فالذي قال: درهم واحد إذا قال: كذا وكذا درهم بالرفع والذي قال: درهمان إذا قال: بالنصب وهذا أبين في كتاب «الأم» لأن الشافعي ذكرها بين المسألتين في كتاب الإقرار والمواهب وإحداهما تتلو الأخرى والظاهر أنه لم يقصد به القولين وإنما قصد به اختلاف حالين لأنه لا يجوز أن تكون المسألة الواحدة في موضعٍ واحدٍ ويجيب بجوابين مختلفين فيجب أن تكون الأولى بالنصب، والثانية بالرفع.

وقال القاضي الطبري: قد تأملت كتاب الإقرار والمواهب فوجدت الشافعي قال: وإن قال: كذا وكذا درهماً أعطاه درهمين ثم قال: فإن قال: كذا كذا درهماً أو كذا وكذا درهماً قيل له: أعطه درهماً أو أكثر من قبل أن كذا يقع على أقل من درهم فإن عنيت درهماً فليس عليك أكثر منه فنصب الدرهم في الموضعين على ما نقل المزني فيجب أن يقول أبو إسحاق: ذلك خطأ من الكاتب. وقال أبو حامد: مذهب الشافعي ما قال أبو إسحاق.

والفرق أنه إذا نصب كان تفسيراً لهما وإذا رفع كان معناه مبلغهما درهم. قال أبو إسحاق ويحتمل أن يكون الشافعي قال: ظاهره درهمان فإذا أطلق ولم تكن له إرادة ألزمته درهمين وقوله: درهم أراد إذا قال: [١١٤/أ] عنيت درهماً فلا يكون عليه أكثر منه. قال أبو إسحاق: وأبعدها ما ذكر المزني من أن الثاني مخالف للأول وأنه على قولين. والطريقة الرابعة ما قال ابن أبي هريرة والصحيح أن يقال: إذا قال: كذا وكذا درهماً يلزمه درهمان، والذي قال: يلزمه درهم وأكثر أراد به إذا شك هل قال المقر: كذا كذا درهماً؟ أو قال: كذا وكذا درهماً؟ فألزم اليقين وهو درهم واحدٌ لأن مذهبه لا يختلف أنه إذا قال: كذا كذا درهماً أنه يلزمه درهم واحد وهذا أيضاً يحتمل لأن الشافعي قال: فإن قال: كذا كذا درهماً وكذا وكذا درهماً قيل له: أعطه درهماً أو أكثر وهذا يحتمل الشك.

وقال محمد: يلزمه أحدٌ وعشرون درهماً إذا قال: كذا وكذا درهماً وهذا اختيار أبي

إسحاق فيمن كان نحوياً. وهذا غلط لما ذكرنا. وحكي عن محمد أيضاً أنه لو قال: كذا درهماً لزمه عشرون درهماً وهذا غلط لأنه يؤدي إلى أن يلزمه باللغة إذا كرره أقل مما يلزمه إذا وحّده لأنه يقول: في كذا كذا يلزمه أحد عشر درهماً، وفي كذا درهماً يلزمه عشرون درهماً وهذا محال. وحكي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال: عليّ كذا كذا أو كذا وكذا درهماً يلزمه أحد عشر درهماً.

فرع

لو قال: عليّ كذا من كذا فيه وجهان أحدهما يكون إقراراً بشيء واحد، ويكون الثاني إثباتاً للأول، والثاني يكون إقراراً بشيئين كقوله: عليّ كذا وكذا لأنه لا يسوغ في اللسان أن يقول: رأيت زيداً بل زيداً يعني الأول وإنما يصح ذلك إذا عنى غيره.

مسألة: قال: والإقرارُ في الصحةِ والمرضِ سواءٌ ويتحاصون معاً.

وهذا كما قال: إذا أقر رجلٌ في صحته لرجل بمالٍ ثم مرض المقر مرضاً مخوفاً فأقر لآخر بمالٍ ثم مات فإن كان ماله الذي خلفه يفي بالدينين جميعاً قسم ماله بينهما فإن فضل شيء كان لورثته، وإن كان ماله يعجز عنهما قسم بينهما على قدر الدينين، فإن كان لأحدهما ألف والآخر ألفان قسم بينهما على الثلث والثلثين وبه قال مالك وقال أبو حنيفة: يقدم غريم الصحة على غريم المرض ووافقنا إذا ثبت بالبينة أنهما [١١٤/ب] يستويان وهذا غلط لأنهما استويا في الثبوت من غير مزية فأشبه ديني الصحة وهذا لأن المرض لا يوجب حَجَراً في الإقرار بدليل أنه ينفذ للأجنبي بجميع ماله فإن قيل: أليس المحجور عليه إذا أقر بالدين بعد الحجر يقدم عليه من أقر له قبل الحجر في أحد القولين فما الفرق؟ قلنا: الفرق من وجهين:

أحدهما: أن المقر له في الحجر يرجع إلى ذمته ويأخذ حقه إذا استفاد مالاً فلم يكن في تقديم المقر له قبل الحجر إسقاط دينه، وههنا إذا قدمنا المقر له في صحته أدى إلى إسقاط حجره فإنه لا يرجع إلى ذمته بعد موته ولا يرجو أن يستفيد مالاً فيستوفى منه.

والثاني: أن الديون التي على المحجور عليه مبنية على تقديم الأقوى فالأقوى، ألا ترى أنا نقدم من وجد ماله بعينه على من دينه في الذمة؟ وليس في يده عين مالٍ بخلاف هذا.

فرع

العبد المأذون إذا أقر بدين لزمه من ثمن المبيع أو أرش العيب ونحوه ينفذ إقراره. فلو حجر السيد عليه ثم أقر لآخر بدين نظر فإن كان المال الذي في يده صرف إلى المقر له أولاً

ولم يبقَ في يده ولا في يد السيد منه شيء فلا يسترجع من المقر له ما قد حكمنا بملكه بإقرار العبد. وإن كان المال في العبد أو يد السيد لم يصرف إلى غرمائه فإنه يشاركهم أو يأخذ ما يفضل عنهم على وجهين بناءً على القولين اللذين ذكرناهما في إقرار المجحود عليه لا فرق بينهما.

فرع آخر

إذا قدم المريض قضاء بعد ديون غرمائه لم يشركه الباقون فيه خلافاً لأبي حنيفة وهذا لأنه لزمه قضاؤه فأشبه إذا قضى ثمن سلعته في يده.

مسألة: قالَ: ولو أقرَّ لوارثٍ فلمْ يمت حتى حدثَ وارثٌ يحجبهُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا أقر في مرضه لا يخلوا إما أن يكون للأجنبي أو للوارث، فإن كان للأجنبي يلزم إقراره سواء كان الإقرار بعين أو دين أو كان بكل المال أو ببعضه لأنه مطلق التصرف في ماله ولا يُتَّهَم في إقراره ويكون مقدماً على الوارث. وفيه قول آخر ذكره القاضي أبو عليّ الزجاجي [١١٥/أ] في «زيادة المفتاح» أنه يعتبر من الثلث لأنه كالوصية ولم يذكره غيره وهو غريب. وإن كان للوارث إما بدين أو بعين قائمةٍ، أو بسهم من ماله، أو بكل ماله؛ اختلف أصحابنا فيه قال أكثرهم: المسألة على قولين لأن الشافعي قال: إذا أقر لوارث فمن أجاز الإقرار لوارث أجازه، ومن أبى رده فالظاهر من هذا أنه خرّج المسألة على قولين. وقال ابن أبي هريرة: لا يختلف قول الشافعي أنه يقبل إقراره لوارثه والذي قال: من أبى رده إنما هو تفريع على قول غيره، وقال أبو إسحاق: هذا هو القول الذي قطع به الشافعي ورد من خالفه فيه والآخر حكاية مذهب أهل العراق.

وقال أبو حامد: نص الشافعي على بطلانه في «الإملاء» وإملاء في «الأم» على قولين والصحيح جوازه وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز وأبو ثور وأبو عبيد. وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد: لا يصح إقراره له، وهذا غلط لأن من صح إقراره بوارثٍ صح إقراره لوارثٍ كالصحيح ولا يلزم المحجور عليه السفه لأن من أصحابنا من قال: لا يصح إقراره بالوارث لأنه يوجب الإنفاق عليه. وحكى أصحاب مالك أنه إن كان متهماً فيه لم يقبل، وإن كان لا يتهم قُبِلَ، وهذا غلط لأن المريض غير متهم فإن حالة المرض وقت التوبة والإنابة إلى الله تعالى ولهذا يقبل إقراره بوارث وإن كان متهماً.

فرع

إذا قلنا: يصح إقراره للوارث لا فرق بين أن يكون حين الإقرار وحين الوفاة وارثاً وحين الإقرار وارثاً، وحين الوفاة غير وارثٍ أو حين الإقرار غير وارثٍ، وحين الوفاة وارثاً. وإذا قلنا: لا يصح إقراره للوارث فالاعتبار بحال الوفاة فإن كان حين الوفاة وارثاً فالإقرار باطل سواء كان حين الإقرار وارثاً أو غير وارث، وإن كان حين الوفاة غير وارث فالإقرار صحيح سواء كان حين الإقرار وارثاً أو غير وارثٍ فلو أقر لأخيه وله ابن ثم مات ابنه قبل موته بطل إقراره لأخيه [١١٥/ب] لأنه وارثٌ حين الموت، ولو أقر لأخيه وليس له ابن فولد له ابن قبل الموت حجب الأخ وصح إقراره له لأنه حين الموت غير وارثٍ، ولو أقر لأجنبيةٍ ثم تزوج بها ثم مات وكان الكل في مرضه كان إقراره باطلاً لأنها وارثة حين الوفاة وبه قال أبو حنيفة ومالك وهذا لأن ما يرد لأجل الورثة يعتبر فيه حال الموت كالوصية فإنه لو أوصى بثلثه وثلثه درهم ثم زاد ماله وصار ثلثه ألفاً تلزم الوصية من ألفٍ.

وقال القاضي الطبري: قال أبو إسحاق: من منع الإقرار للوارث قال: إذا أقر لمن لم يكن وارثاً ثم صار وارثاً جاز لأنه أقر له ولا تهمة عليه في هذا الإقرار ومصيره وارثاً بعده لا صنع له فيه وإنما هو أمر من السماء والتهمة ههنا مرتفعة فيكون سبيله سبيل الأجنبي كما قالوا: إن المطلقة الثلاث في المرض تورث للتهمة فلو قال لها: أنت طالق إن قدم زيداً وطلقها بوصفٍ فصادف ذلك مرضه الذي مات فيه لا يرث لأنه لا تهمة كذلك ههنا فعلى هذا جواب ما ذكرنا من المسائل على العكس.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان أحدهما قاله في القديم: يعتبر كونه وارثاً وغير وارثٍ يوم الإقرار، وقال في الجديد: يعتبر يوم الموت، وقال القفال في شرح التلخيص: قوله القديم أصح عندي وهذا غريب لم يذكره أهل العراق. وذكروا هذا المذهب عن عثمان البتي وابن أبي ليلى.

فرع آخر

لو كان للمريض عبد أو ثوب فأتلفه متلف فقال المريض: لا ضمان على من أتلفه فإني كنت وهبته منه وقبضه ثم أتلفه، فإن كان المقر له أجنبياً صح ولا ضمان. وإن كان وارثاً لا يسقط عنه الضمان في أحد القولين لأن هبته لوارثه لا تصح فكان الشيء على ملك الميت فكان ضمانه عليه.

فرع آخر

لو أقر في مرضه بوارثٍ صح وورث. ولو اشترى ابنه في مرضه الذي مات فيه عتق ابنه ولم يرث لأن العتق وصية فلو ورّثناه أدى [١١٦/أ] إلى بطلان الوصية وليس كذلك الإقرار بالنسب لأنه إخبارٌ عن حق واجب عليه وليس بوصية. ألا ترى أنه إذا أعتق عبده في مرضه يعتبر من الثلث ولو أقر به لإنسان لم يعتبر من الثلث؟.

فرع آخر

لو ملك أخاه ثم أقر في مرضه أنه قد كان أعتقه وهو أقرب عصبته نفذ عتقه وفي ميراثه قولان **أحدهما**: أنّه لا يرث إذا قلنا: إقراره لوارثه باطل لأن توريثه يوجب رد الإقرار له ورد الإقرار يبطل الحرية ويسقط الإرث فأثبتت الحرية بثبوت الإقرار وسقط الإرث. **والثاني**: يرث إذا قلنا: يقبل الإقرار للوارث فيكون العتق نافذاً بإقراره والإرث ثابت بنسبه ولا يرتفع أحدهما بصاحبه.

مسألة[1]: قال: ولو أقرَّ أنَّ ابنَ هذهِ الأمةِ ولدهُ منها.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان له أمة لها ولد وعليه دين عظيم ولا مال له سواهما ولم يسمع قد يقر بوطئها في صحته فأقر في مرض موته أنه ابنها ولد منها ثم مات لا يخلوا من أربعة أحوالٍ إما أن يقول: استولدتها في ملكي، أو بنكاحٍ أو بوطئ شبهة أو يطلق، فإن قال: استولدتها في ملكي تضمن هذا الإقرار أربعة أحكام، حكمين في الولد وهو ثبوت النسب والحرية ولا ولاء عليه لأنه لم يمسه رق، وحكمين في الأمة تصير أم ولدٍ له تعتق بوفاته، فإذا مات عتقت من صلب ماله سواء أضاف الاستيلاد إلى حال الاستيلاد في الصحة أو إلى حال المرض وإنما قدمنا هذا على الديون لأنه لو أجلها في مرضه وولدت منه وعرف ذلك بالبينة كان متقدماً على ديون الغرماء فإذا أقر به وكان إقراره في المرض مقبولاً لا يمنع المرض منه وجب أن يكون مقدماً على سائر الديون ولهذا نقول: إذا أقر في مرضه أنه أعتق هذا العبد في صحته يصير حراً ويكون مقدماً على سائر الديون، لأنه لو قامت به البينة كان مقدماً عليها وكذلك لو رهن عبده في مرض موته وقامت به البينة قدمنا حق المرتهن على سائر [١١٦/ب] الغرماء ولو أقر به في مرضه قدمنا عليهم أيضاً، وأما إذا أعتقه في مرضه

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٧/ ٣١).

يعتبر من الثلث وكذلك إذا أقر بعتقه فيه ولم يضف إلى حال الصحة لأنه لا فرق بين أن يقر به أو يقوم به ألبتة.

ولو أحبلها في مرضه كان الولد حر الأصل وتعتق الجارية من يضف المال ويكون مقدماً على سائر الدين، والفرق بين العتق المبتدأ في حال المرض وبين الإحبال أن العتق طريقه القول فالاحبال طريقه الفعل والفعل أكد من القول، ولهذا نقول المجحود عليه إذا أعتق عبده لم ينفذ عقه ولو أحبل جاريته صارت أم ولد له. فإذا تقرر هذا فالأمة في مسألتنا تعتق بفواته، والولد يعتق حين العلوق به لكن الشافعي قال: وهما حران بموته، ومعناه اجتمعت فيهما الحرية بموه وقبل الموت ما اجتمعت الجوبة فيهما وإنما كانت الجرية في إحدهما لأن الولد خلق حراً.

وقال أبو إسحاق معناه يقدمان على الدين ... وقصد الشافعي هذا الاثبات وقت الحرية.

فإن قال قائل: قال الشافعي في تعليل هذه المسألة لا يبطل ذلك الحق الغرماء الذين قد يكون موجهاً ويجوز إبطاله بعد ثبوته ولا يجوز إبطال العتق بعد ثبوته والرجل إذا أعتق في مرض موته عبيداً عتق تنجيز وعليه ديون يبطل العتق بعد ثبوته والدليل على ثبوته أن الغرماء لو عفوا عن ديونهم كانت أكسابهم اكساب الاحزار من وقت التنجير فهذه حرية بطلت بعد ثبوتها وكذلك لو أن ذمياً أعتق عبداً فواضح عتقه وثبت ولاؤه فلو أن المعتق نقض العهد والتحق ببلاد الحرب جاز استرقاقه وإبطال الحرية السابقة وإجزاء أهل الحرب إذا بيناهم قد أبطلنا بالاسترقاق حريتهم بعد ثبوتها.

قلنا علل الموت بعلة من جهته فليست هذه العلة من جهة الشافعي هكذا قال بعض مشايخنا وإنما جعل الشافعي علة هذه المسألة ما ذكرناه.

والباني هذا تعليل صحيح ولكنه أوجز لفظه فيه ومعنىٰ قوله ولا يجوز إبطال حرية بعد ثبوتها أتى حرية الاستيلاد والنسب وإنما تثبت هذه الحرية ثبوتاً مستيقيناً به مستقراً ومسلم ومسلمة فأما مع كفر المعتق والمستولد إذا كان المعتق والمستولد كافرين فلا يطلق عليهما ثبوت الحرية وكذلك أهل الحرب لأنها على شرف النقض والإبطال فعلى هذا الجواب يستغنى عن تغليط المزني إن شاء الله وإن قال استولدتها في النكاح وهي في ملك فلان فإن الجارية لا تصير إثر ولد له قولاً واحداً ويكون الولد خلق دقيقاً لسيد الجارية فلما ملكه صار حراً ويكون ولاؤه له وتباع الجارية في حقوق الغرماء وعند أبي حنيفة الاستبداد بالنكاح يوجب حرمة الاستيلاء.

وإن قال استولدتها بالشبهة فالنسب لاحق والولد حر لاولاء عليه والأمة لا تصير أم ولد بالإحبال في ملك غيره فإذا ملكها هل تصير أم ولد له قولان فإذا قلنا تصير أم ولد له فالحكم فيما كالقسم الأول وإذا قلنا لا تصير أم ولده فالحكم فيه كالحكم في القسم الثاني وإذا طلق ولم يبين اختلف أصحابنا فيه منهم من قال لا تصير أم ولد له وتباع لديون الغرماء لأنه يحتمل أن يكون الاحبال في ملكه ويحتمل أن يكون في ملك غيره من النكاح والشبهة فلا تجعلها أم ولد له بالشك والثاني تصير أم ولد له لأن الشافعي أطلقه من غير تفصيل.

لأن الظاهر أنه أحبلها في ملكه لأن الجارية في ملكه فالأصل عدم النكاح من قبل هذا أصح.

وقال في «الحاوي»: إن لم تدع إصابتها في الملك فهي على الرق وإذا ادعت ذلك فإن صدقها الورثة تعتق بالموت ولا اعتبار باكذاب الغرماء لأن الوارث يقوم مقام المورث في الاقرار وإن كذبها الوارث وقال كان في غير الملك فيه وجهان **أحدها**: القول قول الوارث مع اليمين على العلم دون البيت **والثاني**: القول قولها مع يمينها على ألبت.

وأما الولد فهو حر ولا يثبت عليه الولاء بالشك.

فرع

لو قال في صحته: هذه أم ولدي أو مدبرتي وات ولا مسألة غيرها أعتق ثلثها إذا أخرج الكلام مخرج الشك ولم يبين أيتهن.

مسألة: قال فإذا أقرَّ للحملِ بدينٍ كانَ باطلاً.

الفصل

وهذا كما إذا قال: لحمل هذه المرأة عليّ ألف درهم، أو قال: هذه العين التي في يدي لحمل هذه الجارية لا يخلو من ثلاثة أحوال.

إما أن يضيف إلى سبب لا يستحيل ثبوت المال به للحمل من جهته، أو يضيفه إلى سبب يستحيل ثبوته له من جهته، أو يطلق فإن أطلق فيه قولان:

أحدهما: لا يصح وهو الذي نقله المزني ونص عليه في كتاب «الإقرار والمواهب» لأن الظاهر أن الحمل لا يثبت له عليه مال، فالإقرار له باطل إلا أن يضيفه إلى جهة صحيحة وبه قال أبو يوسف.

والثاني: يصح نص عليه في الإقرار بالحكم الظاهر، وبه قال محمد، وقيل: إنه

مذهب أبي حنيفة وهذا أصح وهو اختيار أبي إسحاق لأنه أقر بالمال لمن يجوز ثبوته له فكان لازماً كما لو أقر للطفل. فإذا قلنا: لا يصح فإن أضافه إلى سبب يستحيل ثبوت المال له من جهته بأن يقول: لهذا الحمل عندي ألف درهم من معاملةٍ عاملته بها، أو جناية جنيت على بدنه فهذا أولى بالبطلان. وإن أضاف إلى سبب لا يستحيل ثبوت المال من جهته وهو أن يقول: لهذا الحمل عندي ألف درهم كان لأبيه عليّ فمات وخلفه ولا وارث له غيره، أو قال: كان لأجنبي في ذمتي مال فأوصى به له ثم مات واستحقه هذا الحمل فإن هذا الإقرار لازم صحيح. وإذا قلنا: الإقرار المطلق لازم فإذا أضافه إلى سبب يستحيل ثبوت المال له من جهته هل يبطل الإقرار؟ قولان بناءً على القولين في تبعيض الإقرار وهو إذا قال: تكفلت لفلان على أني بالخيار ثلاثاً، أو قال: لفلان عندي ألف درهم ثم قضيته فيه قولان **أحدهما**: لا يلزمه شيء، **والثاني**: يُقبل قوله فيما يضره ويُرَد فيما ينفعه فكذلك ههنا. فإذا تقرر هذا فكل موضع قلنا: الإقرار باطل لا تفريع عليه، وإذا قلنا: صحيح فلا يطالب المقر بتسليم المال في الحال حتى تضع لأنه ربما كان ريحاً تنفش، وربما وضعته ميتاً فلا يلزمه الإقرار. وإذا وضعته نُظر فإن كان ميتاً لم يصح إقراره، وإن كان [١١٧/أ] عزاه إلى وصية عاد إلى ورثة الموصي، وإن عزاه إلى إرثٍ عاد إلى ورثة الميت، فإن كان أطلق كُلف التفسير وعُمل على تفسيره، وإن مات قبل التفسير بطل إقراره، وإن كان حياً لا يخلوا من أحد أمرين إما أن يكون وضعته لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار، أو لستة أشهر فصاعداً، فإن كان لأقل من ستة أشهر فالإقرار لازم وطولب بتسليم المال إلى وليه، وإن كان لستة أشهر فصاعداً فإن كانت تحت زوجٍ يطأها، أو تحت سيدٍ يطأها فلا يلزم الإقرار لأنا لا نتحقق وجوده في حال الإقرار، وإن كانت مُطلَّقة أو متوفى عنها زوجها فوضعته لأقل من أربع سنين فإنَّا نحكم بأنه ملحق بالواطئ وأنه كان موجوداً وقت الطلاق والوفاة، فعلى هذا يكون الإقرار له بالمال لازماً. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين بطل الإقرار. ولو وضعت حياً وميتاً وجوزنا الإقرار كان الجميع للحي وإن كانا حيين، فإن كانا ذكرين كان بينهما نصفين، وإن كانا ذكراً وأنثى فإن كان المال ميراثاً كان المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن أطلق أو كان وصيةً كان بينهما نصفين. وهذا بعدما تعذر الرجوع إلى بيانه، فإن أمكن الرجوع إلى بيانه رجعنا إليه.

ولو أقر للحمل مضافاً إلى أبيه وزعم أن الأب ميت فولي الحمل بعد الوضع يُطالب المقر بالمال. فإن وفر المال على من يقبضه للحمل وتلف ثم بان أن الأب غير ميت كان للأب مطالبة المقر بدين يدفعه إلى غير مستحقه.

قال المزني رحمه الله: قد قال الشافعي رحمة الله عليه: ههنا خلاف ما قال في كتاب

الوكالة لأنه قال هناك: إذا أقر بمالٍ لرجل وهذا وكيله فالمقر بالخيار إن شاء دفع إلى الوكيل وإن شاء لم يدفع ولم يجعل المقر ههنا بالخيار إذا أقر للحمل بل ألزمه الدفع والإلزام في المسألتين أصح، ثم إن جحد الموكل التوكيل أو ظهر الأب حياً رجعنا عليه، هذا معنى كلامه وفي إيجازه إشكال فلهذا شرحنا قلنا: ما [١١٧/ب] أنصف المزني حيث قال: هذا خلاف ما قال في كتاب الوكالة لأن المخالفة بين المسألتين إنما يتصور بعد استواء الصورتين وليستا بمستويتين لأن الإقرار في كتاب الوكالة صحيح لا يختلف المذهب فيه، ثم تكلم الشافعي في لزوم التسليم فقال: لا يلزمه التسليم إلى الوكيل، فإن شاء دفع، وإن شاء منع فأما في هذا الموضع فإنما تكلم الشافعي في صحة أصل الإقرار لا في وجوب الدفع والدفع فرع على الأصل، فكيف يدعي أن هذا خلاف ما قال في كتاب الوكالة، ثم إذا جئنا إلى مسألة الدفع اختلف مشايخنا فيه بخراسان فمنهم من جعل المسألتين جميعاً على قولين **أحدهما**: يلزمه الدفع فيهما وإن كان يخشى رجوعاً في المستقبل، **والثاني**: لا يلزمه الدفع إليهما إذ لا يأمن مطالبةً تلحقه من بعد، ومن أصحابنا من ألزمه الدفع في مسألة الحمل، حيث يصح منه الإقرار ولم يلزمه ذلك في مسألة الوكيل لأنه معترف بموت أبي الحمل والميت لا يحيى فإن كان حياً فقد أتى من جهة نفسه حيث كذب، والموكل قد يجحد التوكيل مع صدق المقر في تقدم التوكيل.

قال القفال: ومما يتصل بجواب سؤاله أنه لو كان عليه دين فطولب به فقال: لا أؤدي إلا بحضرة الشهود له ذلك إذ لو اختلفا بعد ذلك في القضاء كان القول قول صاحب الحق، وفي الوديعة إذا قال المودع: لا أرد إلا بحضور الشهود وجهان على ما ذكرنا، فيأتي في مسألة الوارث هذان الوجهان، أحدهما يلزمه دفعه لأنه أقر له، والثاني لا يلزمه دفعه لأنه أقر به للميت ثم شهد بموته فلم يثبت الموت بشهادته إذا دفع، لا تبرأ ذمته فلا يجبر على دفعه ما لم تقم بينة أن الأب قد مات، فسقط اعتراض المزني على أحد الوجهين وهذا خلاف ما قاله أهل العراق أجمع.

فرع

لو قال: لحمل هذه المرأة عندي ألف أقرضنيه أبوه أو غصبته إياه كان الإقرار لأبيه لأن القبض من أبيه، قيل: فإن كان أبوه ميتاً فهو موروث عن أبيه وإن كان حياً فهو لأبيه ولا يلزمه لما في بطن هذه المرأة شيء نص عليه.

فرع آخر

لو أقر بحمل أمةٍ لرجلٍ، قال في كتاب «الإقرار [١١٨/أ] والمواهب»: إن أطلق لم

يلزمه الإقرار لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية. فإن وصل إقراره فقال: أوصي له إلى فلان برقبة أمة وله بحملها صح الإقرار إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوصية. ومن أصحابنا من قال: إذا أطلق يحتمل قولاً آخر أنه يصح تخريجاً من الإقرار للحمل إذا أطلق ذكره في «الحاوي».

مسألة: قال: ولو قالَ: هذا الرقيقُ لهُ إلا واحداً.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: هؤلاء العبيد لزيد إلا واحداً منهم فإنه لي يقول للمقرعين: الواحد الذي لك، ونقول له: اتق الله ولا تدع غير الذي لك وإذا عين واحداً قلّت قيمته أو كثرت نظر في المقر له فإن صدقه على ذلك سلم الباقي إليه، وإن كذبه كان القول قول المقر مع يمينه لأن الكل في يده فأيهم ادعاه منهم قُبل قوله مع يمينه. ولفظ الشافعي في ذلك الواحد لفظ التخيير وليس المراد منه التخيير بل مراده أنا نصدقه في أي عبْدٍ أشار إليه. فإن مات كلهم إلا واحداً قلنا: عيّن فإن ذكر أن الذي له في جملة الموتى سلم إلى المقر له هذا الواحد.

وإن قال: هو لي فيه وجهان، **أحدهما**: لا يقبل لأنه تفسير يرفع جميع الإقرار، **والثاني**: يقبل وهو المذهب لأنه لم يرفع هو جميع الإقرار بل أقر بما سوى هذا الواحد غير أن الموت ذهب بهم فصار كما لو قال: هؤلاء له إلا غانما فإن غانماً يكون له وإن ماتوا كلهم إلا غانماً بقي له غانم.

فرع

لو قتل جميعهم إلا واحداً فبيَّن أن المستثنى هو هذا الواحد يقبل وجهاً واحداً لأن المقتول لم يفت لاستحقاق قيمته على القاتل.

فرع آخر

لو قال: غصبته كلهم إلا واحداً ثم ماتوا إلا واحداً ثم بيّن أن المستثنى هو الواحد يقبل وجهاً واحداً لأن من مات من المغصوبين مضمون بالقيمة.

مسألة: قال: ولو قالَ: غصبتُ هذهِ الدارَ منْ فلانٍ ومُلْكُها لفلانٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان وملكها لفلان آخر فإن الدار

تُسلم إلى المغصوب منه لأنه يلزمه تسليمها إلى من غصبها منه ويجوز أن تكون في يده بحق وإن كان الملك لغيره بحق [١١٨/ب] الإجارة وغيرها ترجع هي مع مالكه أعلم ويكونان كرجلين تداعيا داراً في يد أحدهما وشهادته للمالك لا تقبل لأنه غاصب فلا تقبل شهادتهما، فإن قيل: إذا حسنت حاله وظهرت عدالته فاقبلوا شهادته.

قلنا: حسن الحال إنما يعتبر بعد رد المغصوب فأما ما دامت يده ثابتة على المغصوب فلا تحصل عدالته. ولو قال: هذه الدار ملك لغيره وغصبها من زيد فأقر، ذكر الغصب في إقراره فيه طريقان إحداهما: الحكم فيه كالحكم في المسألة قبلها وهذا أشبه والثانية: يلزمه تسليمها إلى زيد، وهل عليه الضمان لعمرو؟ قولان كما لو قال: هذه لزيد لا بل لعمرو والفرق أن هناك أقر للأول باليد وللثاني بالملك على ما علم وقد لزمه الإقرار الأول فلم يكن بإقراره الأول مفرطاً ولا مخطئاً فلم يلزمه الغرم وههنا أقر بالملك لعمرو فيلزمه ردها إليه ثم أقر باليد لآخر فأحال بين المالك المقر له أولاً وبين الدار فيلزمه الغرامة. فإن كان يعلم أنَّ ملكها لعمرو وكانت في يد زيد بغير حق فعليه فيما بينه وبين الله تعالى تسليمها إلى عمرو.

مسألة: قال: ولو قالَ: غصبتها منْ فلانٍ لا بلْ منْ فلانٍ كانَ للأولِ ولا غرمَ عليهِ للثاني.

وهذا كما قال: إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان ثم قال متصلاً به أو منفصلاً عنه: لا بل غصبتها من فلان آخر فإن الدار تسلم إلى المقر له أولاً ولا يقبل رجوعه عنه الثاني، وهل يلزمه الغرامة للثاني؟ اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق.

إحداها: وهو قول أكثر أصحابنا فيه قولان **أحدهما**: يلزمه قيمة الدار للثاني وبه قال أبو حنيفة وهو الأصح لأنه أقر بها لفلان بعد أن حال بينها وبينه بغير حق فيلزمه الضمان كما لو أقر بعبد له بعد أن قتله.

والثاني: لا تلزمه القيمة لأنه يطالبه المقر له أولاً بالدار ولا يجوز أن تجتمع المطالبة بالعين وبدلها من القيمة. ولأن الذي يدعيانه عين واحدة واعترف بها لهما فلا يغرم لأحدهما شيئاً كما لو قال: هي لهما. والثانية لا تلزمه الغرامة قولاً واحداً في الحال إلا أن يُؤيَس من العين بتلفها في يد المقر له فيكون حينئذ غارماً، و[١١٩/أ] هذا معنى قول الشافعي: ولا غرم عليه للثاني أي عاجلاً.

والثالث: إن كان سلمها المقر إلى الأول بيده فعليه الغرامة قولاً واحداً. وإن سلمها الحاكم فعلى قولين وهذا لا يصح لأن الشافعي نص في كتاب الشهادات على أنه لو أقر بها

لِزَيد ثم قال: هي لعمرو يغرم لعمرو سواء سلمها إلى زيد أو لم يسلم، ولأن تسليم الحاكم بإقراره كتسليمه بنفسه.

وهكذا الطرق إذا قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو، أو قال: غصبتها من زيد وزيد غصبها من عمرو، أو قال: له عندي في وديعة ثم قال: لا بل فلان آخر هو الذي أودعنيه. وقال أبو حنيفة: إذا قال: هذه العين لفلان لا بل لفلان دفعت إلى الأول ولم يغرم للثاني بخلاف المسألة الأولى، والفرق أن الغصب سبب للضمان فإذا أقر به لزمه، وأما إقراره ليس بسببٍ للضمان والحاكم يسلمها إليه فلا يلزم الغرم على المقر. وقيل: هذا قول بعض أصحابنا وهذا غلط لأن إقراره في ملك غيره بما أوجب تسليمه إلى غيره سبب موجب للضمان كما لو سلمه بنفسه وكما في إقراره بالغصب، وقال بعض أصحابنا في المسألة الأولى: هل يغرم للثاني؟ وجهان إذا قلنا في هذه المسألة يغرم وهذا غير صحيح والفرق ظاهر.

فرع

لو باع داراً ثم قال: كنت غصبتها من فلان هل يلزمه قيمتها للمقر له؟ قال في كتاب الإقرار بالحكم: الظاهر فيه قولان قال أبو إسحاق: ويجيء فيه الوجهان الآخران. وقال ابن أبي هريرة: تلزمه قيمة المبيع ههنا للمقر له قولاً واحداً لأن في البيع عاوض عليها بالثمن الصائر إليه فغرم بخلاف المسألة قبلها في أحد القولين، وهكذا ذكره صاحب «الإفصاح» والماسرحسي، وهما أخذا عن ابن أبي هريرة وذكر مثل هذا في «الحاوي» وهذا خطأ بخلاف النص الذي حكينا.

فرع آخر

لو أعتقه ثم أقر بغصبه ففي الغرم قولان لأنه لم يعاوض عليه سواء أعتقه تطوعاً أو عن كفارة.

فرع آخر

لو قال: غصبت هذا العبد من زيد وغصبته من عمرو فيه وجهان، **أحدهما**: يكون كالمقر بغصبه لثاني بعد أولٍ فيسلم إلى الأول وفي غرم قيمته للثاني قولان. **والثاني**: أنه كالمقر بغصبه منهما [١١٩/ب] فيكون بينهما ولا غرم.

فرع آخر

لو شهد شاهدان على رجل بأن الدار التي في يده لفلانٍ فحكم الحاكم عليه بتسليم الدار إلى المشهود عليه ثم رجعا عن الشهادة لا ينقض الحكم برجوعهما ولا ينتزع الدار من يد المحكوم له. وهل يلزمهما قيمة الدار للمشهود عليه؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: فيه الطرق الثلاثة كما في الإقرار، ومنهم من قال: لا تلزم الغرامة عليهما قولاً واحداً لأنهما لم يتلفاها ولم تثبت أيديهما عليها، وفي الضمان إنما تجب بالإتلاف أو باليد ولم يوجد من الشاهدين واحد منهما فلم يجب عليهما الضمان، وليس كذلك في الإقرار فإنه يقر بأنه غصبها منه وضمنها بيده فإذا تعذر عليه ردها إليه جاز أن يلزمه الضمان.

فرع آخر

لو قال: غصبت هذا العبد من أحد هذين الرجلين فالإقرار لازمٌ وعليه بيان المالك منهما فإن قال: لا أعرف المالك فإن صدقاه في ذلك أخذ العبد منه وكانا فيه خصمين وإن كذباه فقالا: تعلم المالك فحلف لا يعلم ذلك وأخذ العبد وكانا فيه خصمين، والخصومة فيه أنه عبد لا يد لواحدٍ منهما عليه ولا لغيرهما أيضاً فإن كان مع أحدهما بينة قُضي له به وإن كان مع كل واحدٍ منهما بينة تعارضتا، وإن لم يكن هناك بينة حلف كل واحدٍ منهما لصاحبه ووُقف لهما حتى يصطلحا. ولو اعترف به لأحدهما سلم إليه، وهل يحلف للآخر؟ قولان بناءً على أن الضمان عليه يلزمه فإن قلنا: يلزمه الضمان لو رجع عن إقراره حلف لأنه ربما يرجع فيقر له فيلزمه الغرم وإن قلنا: لا يلزمه الضمان لا يحلف.

مسألة: قال: ولا يجوزُ إقرارُ العبدِ في المالِ.

الفصل

وهذا كما قال: ذكرنا هذه المسألة في البيع. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أقر بجناية أو إتلاف وجب في ذمته ذلك بعد العتق، ثم هل يغرم بعد العتق وجهان **أحدهما**: جميع الدين بالغاً ما بلغ، **والثاني**: الأقل من قيمته أو الدين بناءً على أنه لو جنى بكم يفدي السيد بالأرش كاملاً أو بالأقل من قيمته أو أرش [١٢٠/أ] جنايته وفيه قولان. قال: وكذلك لو صدقه السيد وسلم في الجناية فبيع وبقي من الأرش شيء هل يُتبع به إذا عتق؟ قولان والأصح أنه يلزم كمال الدين بالغاً ما بلغ. وقال في «الحاوي»: في الباقي وجهان بناءً على أنه تعلق برقبته ابتداء أو بذمته ثم انتقل إلى رقبته، ولو كذبه السيد تعلق بذمته وإن كان مأذوناً في التجارة. وقال أبو حنيفة: إن كان مأذوناً في التجارة قضاه مما في يده.

مسألة: قال: ولو قالَ رجلٌ: لفلانٍ عليَّ ألفٌ فأتاهُ بألفٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم وديعة هو موصولاً لم يثبت إلا وديعة ولا يضره قوله عليّ. فإن ادعى بعد ذلك تلفها وأمكن قبلت يمينه ولو قال: عليّ ألف درهم وأطلق ثم أحضر ألفاً وقال: هذا الذي أقررت لك به كان لك عندي وديعة، فإن قال المقر له: صدقت سلم إليه ذلك وبرئ، وإن لم يصدقه وقال: هذا وديعة لي عندك ولكن الذي أقررت لي به دين في ذمتك فالقول قول المقر مع يمينه وعلى المقر له البينة خلافاً لأبي حنيفة، وهذا لأن قوله عليّ ألف درهم يحتمل الوديعة لأن من عنده وديعة فعليه ردها على صاحبها وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ الآية ومن توجه عليه أمر الله تعالى جاز له أن يعبر عنه بكلمة الإيجاب، وقال أبو حامد: نقل المزني أنه يقبل منه.

وقال في موضع آخر: لا يقبل والقول قول المقر له مع يمينه لأن عليّ حرف إيجاب والوديعة ليست بواجبة. وقال القاضي أبو علي البدنجي: كنا نحكي هذا القول الآخر ولا نجده للشافعي فالمسألة على قولٍ واحدٍ على ما ذكرنا وهو المشهور.

فرع

لو قال: عليّ ألف درهم، ثم قال: كانت وديعة وقد كان تلف ولم أعلم لا يقبل لأنه أقر بوجوبه على نفسه ثم ادعى أنه لم يكن واجباً عليه لأن الوديعة إذا تلفت من غير تعد منه لا يكون عليه ضمانها فلم يقبل منه.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف درهم في ذمتي فجاءه بألف وقال: الألف الذي أقررت به كان وديعة وتلف وهذا بدله قبل ذلك لأنه يجوز أنه تلف بتعد منه [١٢٠/ب] فيكون بذل ما في ذمته. ولو جاء بألف وقال: الألف الذي أقررت به هذا أو هو وديعة لك فيه وجهان **أحدهما**: لا يقبل لأن الوديعة لا تثبت في الذمة ويفارق هذا إذا قال: ألف عليّ ثم فسره بالوديعة لأنه لم يصرح بالمحل فاحتمل أن يكون المراد وجوب الحفظ مع الرد وها هنا صرح بالذمة وهو الأصح. والثاني يقبل منه لأنه يحتمل أن يكون قد تعدى فيه فثبت ضمانه في ذمته أو كان قد أتلفه وجاء ببدله فقال: كان وديعة في ذمتي.

وقال بعض أصحابنا: هذا مبني على القولين في المسألة قبلها فإن قلنا: هناك لا يقبل

فها هنا أولى، وإن قلنا: هناك يقبل فها هنا وجهان وهذا لا يصح على ما يثبت بأنه ليس هناك قول آخر.

مسألة: قال: ولو قال: لهُ عنديْ ألفٌ وديعةً أو مضاربة ديناً كان ديناً.

وهذا كما قال: إذا قال: له عندي ألف درهم وديعة ديناً، أو ألف درهم مضاربة ديناً كان ديناً عليه ولا يقبل تفسير إقراره بالأمانة بعد ذلك لأن الوديعة والمضاربة، وإن كانتا أمانة فالأمانة قد تصير مضمونة بالعدوان ولفظ الدين في هذه المسألة يقين لفظ الضمان فأوجب ترك اليقين الأولى من براءة الذمة. ولو قال: أردت أنه شرط عليّ ضمانه لم يقبل لأنه لا يكون ديناً بذلك.

فرع

لو قال: لفلان عليّ ألف درهم هو وديعة دفعه إليّ بشرط الضمان كان وديعةً ولم يكن مضموناً بالشرط، لأن ما أصله الأمانة لا يصير مضموناً بالشرط، وكذلك ما أصله الضمان وهو المأخوذ بشرط لا يصير بالشرط أمانة وقال في «الحاوي»: فيه وجه آخر أنه يضمن لقوله في الابتداء: عليّ، ثم قوله من بعد دفعه إليّ بشرط الضمان ظاهره بشرط جواز التصرف الموجب للضمان.

فرع آخر

قال في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر: لو أقرَّ لرجل بخاتمٍ فجاء بخاتم فقال: هذا الذي أقررت لك به، قال في موضع: يلزمه تسليمه، وقال في موضع آخر: لا يلزمه تسليمه وليست على قولين بل هي على اختلاف حالين، فإذا أتاه بخاتمٍ وقال: هذا الذي أقررت لك به فإن صدقه المقر له يلزمه تسليمه إليه ولو قال: ليس هذا [١٢١/أ] لي وخاتمي غيره فالقول قوله ولا يلزمه تسليم هذا إليه لأنه لا يدعيه. ولو قال: هذا لي والذي أقررت لي به غير هذا كان عليه تسليم هذا والقول قوله فيما يدعيه عليه لأن الخاتم واحد فلا يلزمه الثاني، فالموضع الذي قال يلزمه تسليمه أراد به المسألة الأولى والثالثة، والموضع الذي قال: لا يلزمه تسليمه أراد به المسألة الثانية.

مسألة[١]: قال: وَلَو قَالَ: لَهُ فِيْ هَذَا العَبْدِ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٧/ ٤٥).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان في يده عبد فقال: لفلان في هذا العبد ألف درهم، فإن هذا يحتمل وجوهاً كثيرة منها أن يقول: فيه ألف درهم نقده فيه لي أو أوصى له مورثي أو جنى عليه هذا العبد جناية أرشها ألف درهم فهو يستحق من ثمنه ألف درهم، ويحتمل أن يقول: نقده فيه لنفسه ألف درهم، فإذا كان كذلك رجعنا إلى المقر في تفسيره فإن قال: نقده لي فيه ألفاً فإنه يلزمه ألف درهم وعليه أن يعطيه إياه من أي موضع شاء من ثمن هذا العبد أو من غيره.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يقبل هذا لأن قوله لفلان في هذا العبد ألف يقتضي أن يكون حقه متعلقاً بعين العبد لا بالقرض. وإن قال: أردت وصيةً أوصى له بها مورثي فإنه يستحق بيع العبد وإعطاء ألف درهم من ثمنه إلا أن يتراضيا على دفعه من غيره وإن قال: أرش جناية جنى عليه فالسيد بالخيار إن شاء أعطاه من ثمنه، وإن شاء أعطاه من سائر ماله. وإن قال: نقد فيه لنفسه ألفاً فإنه قد ملك من العبد بمقداره ونظر فيه فإن كانا قد اشترياه صفقةً واحدة نقول للمقر الذي في يده العبد: فكم نقدت أنت؟ فإن قال: ألفاً كان العبد بينهما نصفين. وإن قال: ألفين كان له ثلثا العبد وللمقر له الثلث ولا يعتبر في ذلك قيمة العبد أن تكون مثل الثمن الذي ذكره أو أقل أو أكثر لأنهما قد يغبنان في الشراء فيغبنان فربما يشتريان عبداً يساوي ألفاً بألفين فيكونان مغبونين، وربما يشتريان عبداً يساوي ألفين بألفٍ فيكونان غابنين فلا تراعى القيمة.

وحكى القفال عن مالك: أنه إذا كان العبد لا يساوي أكثر من ألفين لم يقبل قول المقر إذا قال: نقدت فيه ألفين لأن الظاهر يدل على كذبه [١٢١/ب] وإن قال: اشترى هو جميع العبد بالألف فقد أقر بالعبد كله له. وإن كانا قد اشترياه في صفقتين نقول له: لما نقد لنفسه فيه ألف درهم كم اشترى به من العبد؟ فإن قال: نصفه أو ثلثه أو سدسه كان القول قوله في ذلك مع يمينه وكان باقي العبد له سواء كان يساوي ذلك هذا القدر أو لا يساوي.

ولو قال: أردت أني رهنت بألف استقرضه منه هل يقبل منه؟ فيه وجهان أحدهما يقبل وهو الأصح واختيار القفال لأن الدين يتعلق بمحلين الذمة والعين فيجوز أن يكون الألف متعلقاً بالعبد وإن كان وثيقة به. والثاني لا يقبل لأن حق الرهن في الذمة وهو أخبر أنه في العبد وهذا ضعيف لأن حق الراهن آكد من حق الجناية لتعلقه بالذمة والعين معاً، ولو فسر بأرش الجناية قبل بالإجماع. ولو قال: دفع إليّ ألفاً لأشتري له بها من هذا العبد وأنقده في ثمنه فهو مدعي الإذن، فإن أنكر المقر له الإذن في الشراء فالقول قوله وعلى المقر أن يغرم الألف.

فرع

لو قال: له من هذا العبد ألف فحكمه كما لو قال: في هذا العبد لأن في ومن حرفا صفة يقوم أحدهما مقام صاحبه وليس الألف جزءاً من العبد، وإنما يتوصل إليه من العبد فاستوى الحكم في قوله من وفي.

فرع آخر

لو قال: له من هذا العبد بقيمة ألف فهذا إقرار بملك جزء من العبد قدره بقيمة ألف فهل يصير الإقرار مقدراً بالقيمة أو يرجع فيه إلى بيانه؟ وجهان أحدهما وهو الأصح يرجع فيه إلى بيانه فإن بين قدراً يتقوم بأقل من ألف قبل لأن القيمة قد تختلف ولا يقف في الأحوال على حد ولا الناس فيها مجمعون على قدر فلم يجز أن يتقدر الإقرار بها، والثاني يتقدر إقراره بالقيمة ذكره أبو القسم الصيمري فيقوّم العبد فإن كانت قيمته أكثر من ألف فله منه بقسط الألف. وإن كانت قيمته ألفاً ذكر عن بعض أصحابنا أنه لا يصير المقر له مالكاً لكله لأن من توجب التبعيض فلا بد من إخراج بعضه من إقراره. قال الصيمري والصحيح عندي أنه يكون إقراراً بجميعه وأن من تكون للتبعيض تارةً وللتميز تارةً قال الله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ [١٢٢/أ] ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ﴾ [الحج: ٣٠] أي فاجتنبوا الأوثان الرجس.

فرع آخر

لو قال: لفلان في هذا العبد شركة كان مقراً بجزء مجهول فيرجع في تفسيره إليه فبأي شيء فسره قُبل قل أو كثر لأن ذلك اشتراك، وبه قال محمد. وقال أبو يوسف: يكون له النصف لقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] واقتضى ذلك التسوية بينهم كذلك ها هنا. وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يكون مقراً بثلث العبد ولا يقبل تفسيره بأقل وهذا غلط لأن هذا الحد لا يتناوله لفظه ولا يلزمه إلا اليقين كما لو قال: لفلان نصيب أو سهم.

مسألة ولو قال: لَهُ فِي مِيْرَاثِ أَبِيْ أَوْ مِنْ مِيَراثِ أَبِيْ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان في ميراث أبي أو من ميراث أبي ألف درهم كان إقراراً بالدين على أبيه. ولو قال: له في ميراثي من أبي أو من ميراثي من أبي كان هبة إلا أن يريد إقراراً، والفرق أنه في الأول لم يضف الميراث إلى نفسه، وفي الثاني أضاف الميراث إلى نفسه ثم جعل له بعضه فكان الظاهر أنه هبة وهكذا إذا قال: له في هذه الدار

نصفها، أو من هذه الدار نصفها كان إقراراً. ولو قال: من داري هذه نصفها أو في داري هذه نصفها كان هبة إلا أن يريد إقراراً.

فرع

لو قال: عليّ في ميراثي من أبي له ألف درهم كان إقراراً على نفسه بالدين لأنه أزال الإشكال بقوله: عليّ ذكره ابن أبي أحمد رحمه الله.

فرع آخر

لو قال: له من مالي ألف درهم بحق وأطلق أو قال: بحق عرفته أو بحق لزمني أو بحق ثابت أو بحق استحقه كان ديناً لأنه أزال معنى الهبة.

فرع آخر

قال في كتاب الإقرار والمواهب: لو قال: له في مالي ألف درهم كان إقراراً. ولو قال: له من مالي ألف درهم كان ذلك هبة إلا أن يريد إقراراً فمن أصحابنا من قال: هذا سهو وقع من الكاتب ولا يكون إقراراً في هبة كما لا فرق بين أن يقول: في ميراثي أو في داري وبين أن يقول: من ميراثي أو من داري. ومن أصحابنا من فرق بأنه إذا قال: في مالي ألف درهم لا يتحقق دخول الألف المقر به في الإضافة لأن ما عداه من ماله يسمى مالاً [١٢٢/ب] على الحقيقة فجعلناه إقراراً، وليس كذلك إذا قال: من مالي فإن لفظة من تقتضي أن يكون الألف المقر به يعين المال المضاف إلى نفسه فجعلناه هبة، وأما في الدار لا فرق بين في ومن لأن قوله: من داري هذه نصفها أو في داري هذه نصفها يقتضي أن يكون النصف المقر به داخلاً تحت إضافة الدار إلى نفسه لأن اسم الدار لا يقع إلا على النصفين جميعاً. وقيل: هذا الفرق ضعيف لأنه يشكل بما لو قال: في ميراثي من أبي لم يكن إقراراً. وقيل: ما قاله في الإقرار والمواهب أشبه فيه وفي نظيره لأن قوله له يقتضي الملك والهبة غير المقبوضة وغير مملوكة، ولم يأتِ بما ينافي الملك لأن في للظرف وقوله: من مالي أضاف الملك كله إلى نفسه فنافى الإقرار فافترقا.

فرع آخر

قال الشافعي: ولو قال: لك عليّ ألف درهم إن شئت أو هويت، أو شاء فلان، أو هوى فلان فإن شاء فلان أو هوى أو شاء هو أو هوى لم يكن عليه منه شيء لأن الإقرار لا يصح معلقاً بالشرط. وهكذا لو قال: لك عليّ ألف إن شاء الله، أو إن قدم فلان أو خرج

فلان أو كلمت فلاناً قال الشافعي: هذا كله من جملة القمار ولا شيء عليه فإن قيل: أليس لو قال: بعتك عبدي هذا بألف إن شئت يصح فكذلك الإقرار وإلا فما الفرق؟ قيل: الفرق أنه لو لم يشرط المشيئة في البيع كان القبول فيه إلى مشيئته وهو كقوله لعبده: بعتك نفسك بألف إن شئت فقال: قد شئت وقبلت صح ولزمه الألف. وكذلك لو قال لزوجته: طلقتك بألف إن شئت فقالت: قد شئت وقبلت صح أيضاً ولزمه الألف لأن ذلك من منشأه بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن واجب عليه فلا يصح تعليقه.

فرع آخر

لو قال: هذا الثوب لك بألف درهم إن شئت يكون بيعاً لازماً ولا يكون إقراراً ولكل واحدٍ منهما خيار المجلس ولم يقل ها هنا: إن شئت يكون بيعاً أيضاً لأن معناه إن شئت وكل مشترٍ إنما يلزمه إن شاء.

فرع آخر

قال الشافعي: لو قال: له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر كان إقراراً، ولو قدم الشرط فقال: إذا جاء رأس الشهر فله عليّ ألف لم يكن إقراراً قال أصحابنا: الفرق بينهما [١٢٣/أ] أنه إذا قال: له عليّ ألف فقد أقر بالألف فإذا قال: إذا جاء رأس الشهر احتمل أن يكون أراد محلها أو وجوب تسليمها في ذلك الوقت فلم يبطل الإقرار، وأما إذا بدأ بالشرط فإنه لم يقر بالحق وإنما علقه بالشرط فلم يكن إقراراً. وقال القاضي الطبري: في هذا نظر ولا فرق على قياس مذهبه بين تقديم الشرط وتأخيره.

فرع آخر

لو قال: ما شهد به زيد عليّ فهو لازم لي لم يصر مقراً بما شهد به. وقال مالك: يلزمه جميع ما شهد به زيد، وإن لم تصر بينة مسموعة لأنه ألزم ذلك نفسه. وهذا خطأ لأن هذا حوالة بالإقرار فلا يصح.

فرع آخر

لو قال: له عليّ ألف إن مت لا يكون إقراراً أصلاً لأنه تعليق بشرط وعند أبي حنيفة يكون إقراراً مات أو عاش.

فرع آخر

قال: ولو قال: لك عليّ ألف درهم إن شهد به عليّ فلان أو فلان وفلان فشهدا لم

يلزمه من جهة الإقرار وهذه مخاطرة ويلزمه من جهة الشهادة إن كانا ممن تجوز شهادتهما أو أحدهما وحلف مع شاهد وقال ابن سريج: وسواء على هذا المعنى قيل له: إن فلاناً يشهد عليك لا بما يدعيه فيقول: . . . هو عندي مصدق مرضي إن شهد عليّ، أو يقال له: إن فلاناً يشهد عليك بما يدعيه فيقول: إن شهد عليّ رضيت بذلك، أو إن شهد عليّ قبلت ذلك أو ألزمته نفسي، أو إن شهد عليّ صدقته، أو إن شهد لم أخالفه. وقال القفال: وهكذا لو قال: إن شهد عليّ بدينار فهو صادق لا يكون إقراراً، وإن شهد لا يلزمه شيء من جهة الإقرار لأنه إنما قال علماً منه بأنه لا يشهد عليه ذلك الرجل، ولكنه لو شهد عليه رجل بدينار فقال: هو صادقٌ في شهادته كان إقراراً. وقال ابن أبي أحمد في «المفتاح»: لو قال: إن شهد لك عليّ فلان وفلان بألفٍ فهما صادقان كان إقراراً، وإن لم يشهدا لأنهما لا يكونان صادقين إلا كان عليه الألف الآن فيلزمه وهذا اختيار القاضي الطبري ويخالف هذا إذا قال: إن شهد عليّ صدقته لأنه قد يصدق الإنسان من ليس بصادق وها هنا قال: فهما صادقان وإذا لم يكن واجباً عليه كانا كاذبين.

فرع آخر

لو قال: لك عليّ ألف [١٢٣/ب] إن قبلت إقراري فقياس المذهب أنه لا يكون إقراراً. فإن قيل: أليس المقر له إذا لم يقبل الإقرار بطل؟ قلنا: إنما يبطل إذا كذبه أو رده، فأما إذا سكت فالإقرار صحيح غير مفتقر إلى القبول.

فرع آخر

لو أقر بشرط الخيار كان باطلاً مثل أن يقول: أقر لك بكذا على أني بالخيار يوماً أو يومين لأنه إخبار عن واجب في الذمة فلا يصح بشرط الخيار.

مسألة: قال: وَلَو قَالَ: لَهُ عِنْدِيْ أَلْفَ دِرْهَم عَارِيَّةً كَانَتْ مَضْمُوْنَةً.

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان عندي ألف درهم عارية كانت مضمونة لأنه وصفه بكونه عارية والعارية مضمونة ويصح استعارة الدراهم والدنانير عندنا، وهو اختيار أبي إسحاق، وقيل: كيف يجوز استعارتها ولا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها؟ قلنا: يمكن ذلك إذا كان صيرفياً يتركها بين يديه تجملاً وترغيباً للناس في معاملته.

ومن أصحابنا من قال: يجوز استعارة الدراهم والدنانير، وعلى هذا تكون مضمونة أيضاً لأنها تكون عارية فاسدة وما كان صحيحه مضموناً كان فاسده مضموناً. وقال أبو حنيفة في هذه المسألة: كما قلناه ولكنه علل بعلة أخرى وذلك أن الدراهم والدنانير لا تقبل العارية فإذا قبضها باسم العارية كانت قرضاً والقرض مضمون.

مسألة: قَالَ: وَلَوْ أَقَرَّ بَعْبْدٍ فِي يَدَيْهِ لِفُلاَنٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان في يده عبد فقال: هذا العبد لزيد، وقال العبد: بل لعمرو فالقول قول الذي في يده العبد. وكذلك إذا قال: الذي في يده هو لي، وقال: إنه لفلان غيرك فالقول قول الذي في يده لأن العبد في يد سيده ولا يكون في يد نفسه لأن العبد لا يقبل إقراره فيما طريقه المال على سيده لأنه يجوز أن يقصد الإضرار به فكان متهماً فيه.

وهذه المسألة مفروضة فيه إذ كان محكوماً له بملكه وإنما يحكم بملكه بأحد أسباب ثلاثة أحدها أن يرى في يده طفلاً فهو كالبهيمة، أو يكون مجهول النسب يقول: أنا عبد لفلان وقبله فلان أو يملكه بأحد أسباب الملك من غنيمة [١٢٤/أ] أو بيع أو هبة ونحو ذلك. ولو لم يكن هكذا فقال: هذا عبدي أو عبد لفلان وقال العبد: بل أنا حر فالقول قول العبد لأن للحر على نفسه يداً فصاحب اليد بقبول قوله أولى ويحلَّف على ذلك قال الصيمري: ويحتمل أن يقال: في يمين عليه. ولو أقر بالرق له ثم ادعى أنه أعتقه فالقول قول السيد مع يمينه لأن الأصل عدم الإعتاق.

فرع

لو قال: الذي في يده هو لزيد، وقال زيد: ما ملكته قط اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يحكم بحريته فإنه لم يبق عليه ملك لأحدٍ كما قلنا في اللقيط إذا أقر بالرق لمن كذبه يحكم بعتقه، ومنهم من قال: يبقى على الرق لأن الأصل ملك المقر ورقه، فإذا رد إقراره من أقر به بقي على ما كان. فإذا قلنا بهذا الوجه الثاني ماذا يصنع به؟ قد ذكرنا من قبل فيه أوجه.

فرع آخر

إذا قلنا: ترفع عنه يد المقر ولا يحكم بعتقه فمن سبق إلى ادعائه ملكاً لم يمنع منه سواء سبق من اعترف له العبد بالملك أو غيره. وإذا قلنا: يقر في يده لعدم من هو أحق به يستحق باليد دفع المدعي له إلا أن تقوم له بينة بملكه، فإن صدق ثانياً على ملكه لم يصر مالكاً للعبد بإقراره لأنه بإقراره الأول زال ملكه فلم ينفذ إقراره الثاني ولكن يلزمه بالإقرار الثاني رفع يده ولا يمنع الثاني منه، وإن لم يحكم له بالملك لعدم المنازع له.

فرع آخر

لو كان لقيطاً فقال: أنا عبدٌ لفلان وقال فلان: ما ملكته قط حكم بحريته نص عليه في آخر كتاب اللقيط ولا يختلف المذهب فيه لأنا لم نحكم برقه فإذا أقر لإنسان برقه فجحده المقر له بقي على الرق حتى يتبين المالك.

فرع آخر

لو قال: التقط رجل طفلاً ثم ادعى أنه مملوك له أو لغيره لا يقبل قوله لأنا عرفنا سبب حصوله في يده؟ الالتقاط وهو حر بحكم الظاهر فلا يقبل قوله في الرق إلا ببينة، وليس كذلك في المسألة التي قال الشافعي فيها: يقبل قول السيد فيه لأن هناك لا يعرف سبب حصول العبد في يده فكان الظاهر من يده ثبوت [١٢٤/ب] ملكه فيه.

مسألة: قال: وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ العَبْدَ الذِيْ تَرَكَهُ أَبُوْهُ لِفُلاَنٍ ثُمَّ وَصَلَ أَوْ لَمْ يَصِلْ، دَفَعَهُ أَوْ لَمْ يَدْفَعْهُ فَقَالَ: بَلْ لِفُلاَنٌ آخَرَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا مات رجل وخلف ابناً وعبداً فقال الابن: هذا العبد لفلان ثم قال: لا بل لفلان آخر موصولاً به أو منفصلاً عنه قبل تسليمه إلى الأول، أو بعده يسلم العبد إلى المقر له أولاً. وهل يلزمه قيمة العبد للثاني؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: فيه قولان كما ذكرنا من قبل في نظير هذه المسألة وهو اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة وجماعة وهذا يدل على أن عند الشافعي لا فرق بين أن يكون سلم إلى المقر له باختياره أو أجبره الحاكم لأن الشافعي صرح هاهنا به فبطل قول من قال خلافه.

وحكى أبو إسحاق عن بعض أصحابنا أنه سئل المقر فإن زعم أنه لا يعلم وقت ما أقر به للأول أنه للثاني وأنه إنما علم بعد ذلك لا غرم عليه قولاً واحداً، لأنه على الظاهر من فعل أبيه فكان معذوراً في الرجوع عنه واستدرك الغلط وليس كذلك إذا قال: غصبتها من فلان، لا بل من فلان فإنه على إحاطة من فعل نفسه فلم يكن معذوراً في الخطأ.

وإن قال: علمت ذلك فعلى قولان كما في مسألة الغصب سواء. وقال بعض أصحابنا بخراسان: ها هنا قولاً واحداً لا غرم والفرق من وجه آخر وهو أنه لم يقر ها هنا بفعلٍ فعله فيحتاج ضامناً متعدياً بل أقر لاثنين، فإن لم يقبل قوله في أحدهما لم يلزمه غرم، كما لو خلَّف أبوه ألف درهم فقال رجل: لي على أبيك ألف درهم فقال: صدقت ثم قال آخر: لي على أبيك ألف درهم فقال: صدقت فالألف للأول ولا شيء عليه للثاني، ولو قالا ذلك معاً

فقال: صدقتما فالألف بينهما وفي الحالين لا يغرم شيئاً. فإن قيل: أليس في الاستثناء يُفرَّق بين أن يكون موصولاً أو مفصولاً فأفرقوا ها هنا أيضاً إذا قال: لا بل لفلان آخر؟ قلنا: الفرق أن هذا رجوع عن الإقرار فلا فرق فيه بين المفصول والمفصول بخلاف الاستثناء.

فرع

ذكره القفال ها هنا قال: لو قال رجل: أوصى لي أبوك بثلث [١٢٥/أ] ماله فقال: صدقت، وقال آخر: لي على أبيك ألف درهم فقال: صدقت فالمال للغريم لا للموصى له إن سبق تصديقه لصاحب الدين، وإن سبق تصديقه لصاحب البينة بالوصية فالثلث له والباقي للغريم، وإن صدقهما فالمال بينهما على أربعة أسهم لصاحب الدين ثلاثة، ولصاحب الوصية سهم. والصحيح عند أصحابنا أن المال كله لصاحب الدين لأن حكمهما إذا صدقهما معاً حكمهما إذا ثبتا بالبينة كما في الدينين، ويخالف هذا ما لو خلَّف عبداً فقال رجل: نصف هذا العبد لي، وقال آخر: هذا العبد لي فقال: صدقتما فالعبد بينهما على ثلاثة اسهم إذ لو شهدا أنه أوصى لأحدهما بالكل وللآخر بالنصف كان العبد بينهما أثلاثاً.

مسألة: قال: وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فَرُدَّا ثُمَّ اشْتَرَيَاهُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده وأنكر صاحبه وكانا فاسقين فرد الحاكم شهادتهما، ثم اشترياه عتق عليهما لأنهما قد أقرا بحريته. وكذلك لو شهد واحد فردت شهادته لنقص العدد أو أخبر بذلك ولم يشهد أو ادعى حبسه لأنه أعتق عبده ولم يمكنه إثباته ثم اشتراه فالكل سواء. فإن قيل: هلا قلتم: إن هذا الشراء باطل لأنهما يقران بأنه حر ولا يجوز شراء الحر كما لو أقر بأن هذه المرأة أخته من الرضاعة ثم تزوج بها لم يصح النكاح قلنا: الفرق بينهما أن النكاح لا يعقد إلا للاستباحة وهو معترف بأنها محرمة عليه فلم يصح النكاح؟ وها هنا قصد بذل المال على طريق الفداء لغرض صحيح وهو استنقاذه من ذل الرق بعلمه بحريته فهو كبذل المال في مفاداة المسلم من ذل الأسر وكبذل المال على طلاق زوجة الغير وعتق عبده، وقد يقصد بالشراء فك العبد من الرق دون الملك فجوزنا.

وفي هذه أنَّا لو صححنا النكاح لم يقتضِ الفرقة وها هنا إذا صححنا يقع العتق وزال الملك وهذا القائل يقول: لا نقول في الحقيقة إنه شراء بل هو بذل مال على طريق الفداء لغرض صحيح.

وقيل: هذا بيع صحيح من جهة البائع لأنا لما رددنا شهادته بقيناه [١٢٥/أ] على ملك مالكه كما كان قبل شهادته ويبنى العقد على من حكم الشرع بقوله ثم يحكم على المشتري بالعتق لإقراره السابق لأنَّا لم نقبل قوله قبل الشراء لأن الحق لغيره فإذا ارتفع حق الغير ألزمناه حكم غيره.

قوله: فإذا ثبت هذا فإن أقر البائع بعد البيع بأنه كان قد أعتقه لزمه رد الثمن عليه وعتق العبد عليه وكان الولاء له لأن قول المالك مقبول في حرية الرقبة المملوكة سواء اقر ابتداء أو أقر بما جحده من قبل. وإن أصر على تكذيبه عتق العبد عليه على ما ذكرنا ويكون الولاء موقوفاً لأن الشاهد يقول: عتق على البائع وهو يقول: بل عتق على المشتري والولاء له فكل واحدٍ منهما ينفي الولاء عن نفسه، فإذا مات هذا العبد الذي حكمنا بحريته وترك مالاً، قال الشافعي: يكون المال موقوفاً حتى يتصادقا أو تقوم البينة عليه. قال المزني: هذا غلط لا يجوز أن يوقف جميع التركة وإنما يوقف ما فضل عن مقدار الثَمَن الذي وزنه، فأما مقدار الثمن فإن له أن يأخذه من التركة فإنه إن كان صادقاً في شهادته عليه بالعتق لم يجز أخذ الثمن منه وعليه رده عليه، وإن كان كاذباً فإن جميع ما خلَّف العبد له فإذا كان كذلك كان مقدار الثمن مستحقاً له بيقين. قلنا: اختلف أصحابنا في الجواب عن هذا فقال أبو إسحاق وجماعة: الجواب على ما قال المزني.

ومراد الشافعي بقوله: يكون موقوفاً يعني أن إرثه بالولاء يكون موقوفاً والمشتري يأخذه بمقدار الثمن فليس ذلك أخذاً بالولاء.

ومن أصحابنا من قال: غلط المزني فيما قاله بل لا يستحق هذا المشتري شيئاً لأنه بذل المال فدية تطوعاً بالتقرب إلى الله تعالى ولا يجوز الرجوع بالتطوع. وأيضاً قد اختلفت جهة الأخذ ها هنا لأنا لو أعطيناه من التركة شيئاً لا نعلم أنا نعطيه كسب عبده أو نعطيه مال مولى غيره على جهة القصاص.

قال القفال: وهو كما لو قال: بعتك جاريتي وقال: ما بعت مني ولكن زوجتها مني فاستولدها بالنكاح فالقول قولان المستولد أنه لم يشترها والجارية أم ولد بإقرار السيد لا سبيل [١٢٦/أ] له إلى بيعها وليس للمستولد وطأها لاختلافهما في الجهة أنه يطأها بملك يمين أو نكاح. وكذلك لو اشترى امرأته ليس له وطأها في زمان الخيار لأنه لا يدري أنكاح أم ملك يمين؟ والأول أصح وقد نص الشافعي في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر بخلاف هذا، وهذا لأن مشتري الأسير من المشرك متطوع بما بذل من ثمنه على وجه الفدية ثم له ارتجاعه متى قدر عليه وقد قال الشافعي: لو أسلم المشرك والمال في يده كان عليه أن يرده

ولباذله أن يأخذه لأنه لم يملك ذلك كذلك ها هنا، وأمّا ما ذكره لا يصح لأن في المال لا يضر الاختلاف في جهة الاستحقاق بخلاف الفرج لأن في المال يجري البذل والإباحة بخلاف البضع، ولهذا لو ادعى عليه ألفاً من ثمن متاع فقال: بل له عليّ ألف من جهة القرض ولم يدعِ المدعي سوى ألفاً واحداً ثبتت الألف كذلك ها هنا.

مسألة[1]: قال: وَلَو أَقَرَّ فَقَالَ: لَهُ عَلَيَّ دَرَاهِمُ ثُمَّ قَالَ: هِيَ نَقْصٌ أَوْ زَيْفٌ.

الفصل

وهذا كما قال: اعلم أن مقادير الدراهم مختلفة في البلاد فدراهم الإسلام أوسطها وهي الوازنة التي وزن كل درهم منها ستة دوانيق، وكل دانق منها ثماني حبات، ووزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل وهي معنى قول الناس وزن سبعة وهي الدراهم الهرقلية أعلاها.

والثاني: البغلية وهي أغلاها ووزنها ثمانية دوانيق مزيد على دراهم الإسلام ثلث وزنه.

والثالث: الطبرية طبرية الشام وزنها أربعة دوانيق بنقص عن دراهم الإسلام ثلث وزنه. وقيل: وزنه نصف وقيراط. وقد يكون خلاف ذلك كالدرهم الخوارزمي وزنه ثلاثة أرباع درهم. فإن أقر بألف درهم مطلقاً نظر في البلد الذي أقر بها فيه، فإن كان وزنه الوازنة وهو وزن الإسلام لزمه وزن الإسلام بلا خلاف ولو قال: له مائة درهم عدداً أو اشتريته بمائة درهم عدداً، قال في كتاب الإقرار والمواهب: لزمته وازنة، وقال أصحابنا: يلزمه مائة درهم عدداً ووزناً ألحق العدد بحق النطق [١٢٦/ب] والوزن بحق العادة وهذا في البلد الذي عادتهم الوزن على ما بيناه وهذا لأن كونها عدداً لا ينافي الوازنة. وإن كان في بلدٍ وزنه الناقصة مثل أن يقر بالطبرية أو بخوارزم فالمنصوص في «الإقرار والمواهب» أنه ينصرف إلى وزن البلد لأنه يقين والاعتبار بعادتهم القائمة بينهم كما لو أطلق البيع بالدراهم في هذا البلد ينصرف إليها.

وقال القاضي أبو حامد رحمه الله: نص عليه أيضاً في باب الإقرار بالحكم الظاهر، وقال بعض أصحابنا: وهو اختيار أبي حامد يلزمه الوازنة دراهم الإسلام لأن الإقرار إخبار عما في الذمة لا يعلم وقت الوجوب فاحتمل الوازنة وغيرها فترك الاحتمال إلى عرف الشريعة وعرف البلاد في الإقرار غير معتبر وإن كان معتبراً في البيع. وعلى هذا إن كان في

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٢).

بلد يتعاملون بها عدداً فقال: عليّ دراهم أو عشرة قال ابن أبي أحمد: يجب أن يلزم عدداً وهذا قياس قول الشافعي في الوزن الناقص. ولو قال: ألف درهم في بلد وزنه الوازنة وقال نقص نُظر، فإن ذكر ذلك غير متصل بإقراره لم يقبل قوله لأن قوله نقص استثناء بعض الوازنة والاستثناء في الإقرار لا يقبل منفصلاً، وإن كان متصلاً فيه طريقان أحدهما وهو المنصوص يقبل لأنه استثناء في الحقيقة فقبل متصلاً كما لو قال: عليّ ألف إلا خمسين.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: **أحدهما**: هذا، **والثاني**: لا يقبل لأن قوله نقص دفع الوازنة كلها فكان كقوله: عليّ ألف درهم قضيتها هل يقبل قوله في القضاء؟ قولان والصحيح الأول لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة وعن الناقصة فقد صرفها عن ظاهره إلى مستعمل فقبل.

فرع

لو قال: لفلان درهم على درهم صغير فهو صغير وإذن إذا ما كان للناس دراهم ضار وازنه وهكذا لو قال: دريهم صغيرة وإن كان للناس دراهم ناقصة الوزن فالقول قوله مع يمينه أنه أراد بالصغر ناقص الوزن. وإن لم يكن للناس دراهم صغار لزمه الوازنة الوافية.

فرع آخر

لو قال: عليّ درهم كبير لزمه الوازن وهو [١٢٧/أ] درهم من دراهم الإسلام لأن ذلك هو الكبير في عرف الناس. فإن فسره بأكبر منه قُبل، وإن كان في البلد كبار «فقد» لزمه ذلك.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليّ دراهم ثم قال: هن زيف رجعنا في تفسيره إليه، فإن فسره بزيف لا فضة فيه أصلاً لا يقبل منه لأن قوله: ألف درهم يقتضي فضة. وإن فسره بزيف فيه فضة فإن قاله متصلاً قبل منه، وإن قاله منفصلاً لم يقبل منه لأن ذلك نقصان ما أقر به فحكمه حكم الاستثناء، وقال القاضي الطبري: مقتضى المذهب أنه يقبل وإن ذكره منفصلاً لأن الشافعي قال بعد هذه المسألة: ولو قال: هن من سكة كذا وكذا صُدق مع يمينه كانت أدنى الدراهم أو وسطها أو أدنى الدراهم هي المغشوشة قال: وقول الشافعي: ثم قال: هي نقص أو زيف لم يصدق، أراد به إذا قال: هي زيف جميعها رصاص ونحاس وهذا لا يصح لأن قوله: أو في الدراهم يعود إلى السكة والدليل على هذا أن المغشوشة خارجة عن ضرب الإسلام كالنقص. وعلى قياس ما ذكرنا إذا كان في بلد يتعاملون فيه بالدراهم المغشوشة

فأطلق الإقرار ينبغي أن لا يلزمه إلا منها كما قلنا في النقص.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف درهم من سكة كذا يعني من ضرب بلد كذا فعبر بالسكة عن الضرب والسكة هي الحديدة التي يضرب عليها بها الدراهم قبل منه سواء قاله متصلاً بإقراره أو منفصلاً على ما ذكرنا وسواء كان يجوز في غير ذلك البلد أو لا يجوز كما لو قال: عليّ ثوب رجعنا في تفسيره إليه وقبلنا قوله فيه سواء فسره بثوب بلده أو بلد غيره. وقيل: المراد بالسكة ها هنا ضرب البلد إذا كان فضة ولم يكن فيها حمل وغش لأن هذا هو الظاهر من الدراهم المعروفة المعتادة في الإسلام.

وقول الشافعي: كانت أدنى الدراهم أو وسطها، يريد به جنس الفضة لأن بعضها خير من بعضٍ. وقوله: أو جائزة بغير ذلك البلد أو غير جائزة، يريد به أنَّا نقبل قوله في السكة، وإن كانَ ضرب ذلك السلطان لا يؤخذ في غير ذلك البلد لاسمه [١٢٧/ب] أو لرداءة الفضة لا لنقصان العيار.

والدليل على صحة هذا أن الشافعي لما ذكر هذه المسألة في كتاب «الإقرار والمواهب» على ما نقله المزني قال: ولو قال: عليّ دراهم سود فوصل الكلام فهي سود فشرط فيه الوصل فدل على أنه إذا قطع لم يقبل لنقصان الفضة وقال المزني: يلزمه من سكة البلد إذا أطلق وهو مذهب أبي حنيفة واحتج بأنه لو قال: عليّ دريهم أو دريهمات لزمته وازنة بسكة البلد فالدراهم بذلك أولى أن لا يقبل إلا بسكة تلك البلد. قال: ولا يشبه الثوب نقد البلد كما لو اشترى بدراهم سلعة جاز لمعرفتهما بنقد البلد، ولو اشتراها بثوب لم يجز لجهلهما بالثوب، فدل أن النقد شيء معلوم يمكن صرف الدراهم المطلقة إليه وليس الثوب بمعلوم يمكن صرف المطلق إليه وقصده بهذا الانفصال عن قياس الشافعي على الثوب. وأجاب أصحابنا عن هذا بأنه: لا وجه لتقريب الإقرار من البيع في ذلك لأن الإقرار يحتمل الإجمال الذي لا يحتمل إليه فجاز أن يرد مجمله إلى تفسير صاحب اللفظ وإن كان بعد زمان لا إلى نقد البلد بخلاف البيع، ولهذا لو قال: لفلان عليّ شيء يصح إقراره.

ولو قال: اشتريت منك هذا الثوب بشيء لم يكن بيعاً وإن فسره عن قربٍ. ويؤكده أنا لو لم نحمل في البيع على نقد البلد بطل العقد، والظاهر من قصدهما صحة العقد بخلاف الإقرار فإنه لا يبطل. وأما الدريهمات إن فسرها برداءة الجوهر من سكة أخرى يقبل أيضاً، وإنما لا يُقبل في نقصان الوزن والغش فلا فرق بينهما. وإنما ألحقنا لفظ التصغير بغير التصغير لأن العادة جارية باستعمال هذا اللفظ المصغر على معنى الاستقلال لا على معنى

النقصان من الوزن، ولأنَّا لا نجد للدريهم المصغر معهوداً آخر في الوزن يصرف إقراره إليه فصرفناه إلى ما كان معهوداً من لفظ الدرهم غير المصغر بخلاف السكة. فإن قال قائل: قول المزني إذا قال: عليّ دريهم أو دريهمات فهي وازنة قضاء على قوله: عليّ دراهم فهي وازنة يقتضي أن يكون اعتراضه على قول الشافعي فهي وازنة لا على قوله في سكة بلدة أخرى قلنا: [١٢٨/أ] هذا إيجاز من المزني ومراده قضاء على قوله فهي وازنة وسكتها سكة بلدته إذ يستحيل أن يعترض بقوله فهي وازنة على قوله: فهي وازنة، وعلم المزني أن ذلك مفهوم من عبارته.

وقيل: يحتمل كلام المزني معنى آخر وهو أن يكون مراده بأول كلامه الاعتراض على مسالة النقص بالعكس ومراده بآخر كلامه الاعتراض على مسألة السكة التي استشهد الشافعي فيها بالثوب فالاعتراض الأول أن الشافعي قال: لو قال: لفلان عليّ دراهم ثم قال: هي نقص لم يصدق، وظاهر كلام الشافعي يقتضي التسوية بين جميع البلدان ولا يجوز التسوية لأن الرجل إذا كان يسكن خوارزم ووزنها ناقص فقال: في تلك البلدة هذا التفسير يقبل اعتباراً بنقد بلده كما لو كان مستوطن نيسابور فقال: لفلان عليّ دراهم ثم قال: أردت ناقصة الوزن لم يقبل ويلزم وزن بلده ولا يقبل منه تفسيره بوزن خوارزم فكذلك لا يلزم من كان مستوطن خوارزم تفسير إقراره بوزن نيسابور هذا معنى قوله في قوله إذا قال: عليّ دريهم أو دريهمات فهي وازنة قضاءً على قوله: عليّ دراهم فهي وازنة. ثم استأنف الاعتراض الثاني على المسألة الأخيرة فقال: ولا يشبه الثوب نقد البلد وتقديره وجوابه كما مضى.

قلنا: إنما صور الشافعي هذه المسألة في بلدة كاملة الوزن، والمضيف إذا صور المسألة على أغلب صورة فلا عتب عليه فليس بينك وبين الشافعي خلاف في ذلك. قال هذا القائل: فإن قال قائل: إذا علقت حكم الوزن ببلد المستوطن فعلق في السكة والرداءة أيضاً قلنا: ظاهر الاحتمال أن يكونا سواء فإذا قال بخوارزم: عليّ ألف درهم وطباعهم رديئة لم يلزمه خالص النقرة وقبل تفسيره إذ فسر بها كما يصرف بنوعهم المطلقة إليها ويحتمل أن تلزم الجياد فإن أصحابنا قالوا فيمن قال لامرأته: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق تلزم الدراهم الخالصة ويتعلق الاستحقاق بنقد البلد كذلك ها هنا. ولو كان لأهل البلد وزن معلوم ينقص ما شاء أن ينقص [١٢٨/ب] عن وزن العامة في دنانير أو دراهم فاشترى رجل سلعةً بمائة درهم فله نقد البلد على ما ذكرنا لا أن يشترط شرطاً فيكون له شرطه إذا كان البائع والمشتري عالمين بنقد البلد. وإن كان أحدهما جاهلاً فادعى البائع الوازنة قيل له: أنت بالخيار بين أن تسلمه بنقد البلد أو تنقض البيع بعد أن يتحالفا.

فرع آخر

لو قال: غصبته ألف درهم وديعة ثم قال: هي نقص أو زيف مفصولاً فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يقبل كما لو قال: له عليّ ألف درهم ثم قال هذا.

وقال أبو حنيفة: يقبل في الغصب والوديعة لأنه إيقاع فعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها كما لو أقر بغصب عبدٍ ثم جاء به معيباً. وهذا غلط لأن الاسم يقتضي الوازنة غير الزيوف فلا يقبل بخلاف الاسم كما لو قال: له عليّ ألف درهم ثم فَسّر بهذا. وأما ما ذكروه لا يصح لأنه وإن كان فعلاً في عين يقتضي وقوعه فيما سماه دون غيره، ويفارق العبد لأن العيب لا يمنع إطلاق الاسم فيه.

مسألة: قال: وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِرهَمٌ فِيْ دِيْنَارٍ.

الفصل

وهذا كما إذا قال: لفلان عليّ درهم في دينار فقد أقر بالدرهم ويرجع في الدينار إليه لأنه يحتمل في دينارٍ لي فإني استقرضت منه درهماً فوزنته في ثمن هذا الدينار ويحتمل شركة له في الدينار بقدر الدرهم ويحتمل في دينارٍ هو رهن به، وإذا احتمل ذلك كان القول فيه قوله فإن قال: أقررت بالدينار فالقول قوله، وإن قال: أردت درهماً وديناراً فهما للمقر له وتقديره: عليّ درهم مع دينار وتستعمل كلمة في بمعنى مع. وإن قال: أطلقت هكذا ولا نية لي لم يلزمه إلا درهم وإنما قول المزني: فإن أراد درهماً وديناراً وإلا فعليه درهم إيجاز في الكلام وترك في الجواب إحدى المسألتين اجتزاء بجواب المسألة الأخرى كما يقول القائل: إن أعطيتني هذا الثوب بدينارين وإلا اشتريت هذا السيف بدينارٍ معناه إن أعطيتني هذا الثوب بدينارين اشتريته بهما، وإن لم تعطه اشتريت السيف بدينار.

فرع

لو قال: لفلان عليّ درهم في عشرة دراهم إن قال: أردت الحساب فهو كما قال يكون مقراً بالعشرة. وإن قال: [١٢٩/أ] أردت درهماً في عشرة فالقول قوله مع يمينه وعليه درهم كما لو قال: عليّ عشرة في ثوب يكون مقراً بالثوب.

فرع آخر

لو قال: له خمسة دراهم في ثوب فإن معناه أسلمت إليه خمسة في ثوب فإن قال المقر له: صدق فيما قال فهو عقد سَلَمٍ، فإن كان قبل الشراء فالمقر بالخيار إن شاء أقبض

الخمسة، وإن شاء منع. وإن كان بعد التفرق فقد بطل السَّلَم وبرئت ذمة المقر عن الخمسة، وإن كذبه المقر له وقال: الخمسة التي أقررت بها دين عليك فالقول قول المقر لأن المقر وصل بإقراره ما أسقط الإقرار ولو قال: أردت في ثوب لي وهو ظرف له فالقول قوله. ولو قال: خمسة دراهم في ثوب اشتريته مؤجلاً فإن صدقه كان إقراراً باطلاً لأنه يصير دراهم من سلم افترقا عنه قبل القبض. وإن كذبه ففي بطلانه قولان بناءً على القولين إذا قال: ضمنت منه مالاً على أني بالخيار.

فرع آخر

لو قال: له عليّ ثوب مروي في خمسة دراهم إلى أجل فإن صدقه كان له عليه الثوب دون الخمسة. وإن كذبه فله عليه الخمسة دون الثوب لأن تقدير كلامه أنه أعطاني خمسة دراهم سلماً في ثوب مروي مؤجل، فإذا صدقه يكون اعترافاً بعقد سلم يستحق فيه الثوب المسلم فيه دون الثمن، وإن كذبه كان منكراً للعقد فاستحق به الثمن. ولو قال المقر له: لي عليه الثوب مطلقاً فالقول قوله مع يمينه ويرجع في تفسير الثوب إلى المقر، ولو قال: أردت أن الثوب لي ظرفاً للدراهم فالقول قوله، كما لو قال: عندي جراب فيه تمر كان مقراً بالجراب دون التمر.

مسألة: قال: وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ.

الفصل

وهذا كما إذا قال: لفلان عليّ درهم ودرهم يلزمه درهمان لأن الواو حرف بين حروف العطف الذي يقتضي اشتراك الثاني في معنى الأول كقول القائل: رأيت زيداً وعمراً فقد اشترك زيد وعمرو في الرؤية فكذلك ها هنا اشترك الثاني والأول في الوجوب. وكذلك لو قال: درهم ثم درهم لأن حرف ثم [١٢٩/ب] من حروف العطف كالواو، وإنما يختلفان في أن الواو يقتضي عطفاً بلا مهملة، وثم يقتضي مهملة.

فرع

لو قال: عليّ درهم ودرهم ودرهم فعليه ثلاثة دراهم. ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق يقع طلقتان ويرجع في تفسير الثالثة إليه فإن أراد الاستئناف وقعت، وإن أراد التكرار لم يقع. وإن لم تكن له بينه فقولان.

والفرق بين الإقرار والطلاق أن الطلاق يؤكد بالطلاق ويغلظ به على طريق الإرهاب والتخويف في العادة كما يؤكد بالمصدر فيقال: أنت طالق طلاقاً وهذا لا يحتمل في الإقرار

فلم نحمله على التكرار ولهذا لا يقال: عليّ درهم درهم. أو الإقرار إخبار فلا يحتمل التأكيد والطلاق إيقاع فجاز أن يؤكد بالتكرار. وقال ابن خيران: إنّ في الإقرار أيضاً قولان وليس بشيء. وكذلك لو قال: عليّ درهم ثم درهم ثم درهم وقال: أردت بالثالث التكرار ولا فرق بين المسألتين.

فرع آخر

لو قال: عليّ درهم ودرهمان فهي ثلاثة دراهم ولو قال لزيد علي درهم مع عمرٍو يرجع إليّ بيانه فإن بين الأظهر من حالتي إقراره وهو الإقرار لزيد بدرهم هو مع عمرٍو يقبل، وإن بين اليقين أنه مقر بدرهم لزيد وعمرو معاً يقبل ومثله في الطلاق أن يقول: يا هند أنت طالق مع زينب كان قاذفاً للأولى دون الثانية.

مسألة: قال: وَإِنْ قَالَ دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: عليّ درهم فدرهم احتملت الفاء العطف واحتملت التفضيل فيكون معناه فدرهم خير منه، أو فدرهم لازم لي، فإن أراد العطف كان إقراراً بدرهمين، وإن أراد الصفة وهي اللزوم والتفضيل فالقول قوله مع يمينه. وقال الشافعي في الطلاق: لو قال: أنت طالق فطالق يقع طلقتان.

واختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن خيران: لا فرق ففي كليهما قولان على سبيل النقل والتخريج أحدهما يلزمه درهمان ويقع طلقتان لأنّ الفاء للعطف كالواو وبه قال أبو حنيفة. والثاني يلزمه درهم وتقع طلقة واحدة لأنه يحتمل [١٣٠/أ] الصفة وهي اللزوم فكأنه قال: فدرهم لازم لي أو فطلاق لازم لي. ومن أصحابنا من قال: في الإقرار يلزمه درهم قولاً واحداً وفي الطلاق يقع طلقتان على ما نص عليهما فيهما، والفرق أن الإقرار يدخله التفضيل دون الطلاق لأنه إيقاعٌ وأيضاً الذمة بريئة في الأصل.

وقوله: فدرهم متردد بين احتمالين بين أن يكون لبيان تأكيد اللزوم مما فسر الشافعي، وبين إذا يكون لإيجاب درهم فإذا فسر بالتأكيد قبل استصحاباً لأصل براءة الذمة وفي الطلاق لكل واحدة من هاتين اللفظتين ظاهر وقوع مستأنف وليس ها هنا أصل نستصحبه قال صاحب «الإفصاح»: ووزان الطلاق من الإقرار أن يقول: أنت طالق طلقة فطلقة يريد به الصفة فيقبل منه كما في الإقرار. فإن قيل: ها هنا أيضاً أصلٌ وهو بقاء ملك النكاح قلنا: زال ذلك الأصل بظاهر اللفظ الطلاق. فإن قيل: وكذلك زال ظاهر براءة الذمة بظاهر

الإقرار قلنا: للإقرار ظاهر آخر وهو أن المكرر منه قد يعود إلى الواحد بالتفسير عند التطاول والاتصال بخلاف الطلاق، ألا ترى أن رجلاً لو قال يوم السبت: لفلان عليّ درهم وقال يوم الأحد: لفلان عليّ درهم ثم قال: أردت درهماً واحداً قبل بخلاف الطلاق.

ولو أطلق وقال: ما أردت به تأكيد الدرهم الأول قال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه درهمان لأن كل لفظةٍ منهما صالحة لإيجاب درهم بظاهرها إلا أن يريد تأكيداً. وظاهر ما قال أصحابنا بالعراق أنه لا يلزمه إلا درهم واحدٌ. ولذلك لو قال: عليّ درهم بل درهم أو درهم لكن درهم فالحكم فيه كالحكم في الفاء.

مسألة: قال: وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ تَحْتَ دِرْهَمٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: عليّ درهم تحت درهم أو فوق درهم، روىٰ المزني عن الشافعي عليه درهم لأنه قد يجوز أن يقول: فوق درهم في الجودة أو تحته في الرداءة.

وقال في كتاب [١٣٠/ب] «الإقرار والمواهب»: يلزمه درهمان إلا أن يقول: عليّ درهم فوق درهم في الجودة أو تحت درهم في الرداءة. وقال الربيع: قال الشافعي رحمة الله عليه في الإقرار بالحكم الظاهر: عليه درهمان وليس هذا بمذهب الشافعي بل يلزمه درهم لأنه يمكن أن يقول: درهم تحت درهم لي، أو فوق درهم لي فحصل في هذه المسألة قولان والصحيح ما نقل المزني وهكذا لو قال: فوقه درهم أو تحته درهم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: فوق درهم لزمه درهمان، وإذا قال: تحت درهم لزمه درهم واحد واحتج بأن فوق يقتضي في الظاهر الزيادة، وقوله: تحت درهم يقتضي دون درهم وهذا غلط لأن فوق يقتضي الزيادة في الجودة كما يقتضي تحت الدون ولا فرق بينهما. ولو قال: له عليّ درهم مع درهم قال الشافعي في كتاب «الإقرار والمواهب»: كان هكذا فسوّى بين المسألتين فدل على أنه أيضاً على قولين.

ونقل المزني ههنا أنه يلزمه درهم واحد أيضاً إذا قال: أردت مع درهم لي ولو قال: مع درهم لك كان مقراً بهما. وهكذا إذا قال: معه درهم ذكره أبو حامد رحمه الله وقال: المسألة على قول واحد يلزمه درهمٌ واحدٌ. وهكذا لو قال: درهم معه دينار أو مع دينارٍ ففي الدينار طريقان أيضاً. ولو قال: عليّ درهم قَبْله درهم أو قَبْلَ درهم، أو بعده درهمٌ أو قبله دينار، أو بعده دينار قال الشافعي في كتاب «الإقرار والمواهب»: يلزمه كلاهما هكذا رواه المزني لأن ظاهر قوله: قبل درهمٍ راجع إلى الزمان فكأنه قال: قد وجب اليوم لفلان درهم

وقبل اليوم درهم آخر وليس كقوله: فوق درهم أو تحت درهم فإن لفظ الفوق يحتمل المكان، ويحتمل الجودة. وقال في هذا الكتاب بعد هذا بأسطرٍ لو قال: له عليّ دينار قبله قفيز حنطة كان عليه دينار ولم يكن عليه القفيز وهذا قول آخر في هذه المسألة حكاه القاضي الطبري ولم يحكه غيره من أصحابنا.

وقال بعض شيوخنا: في هذه الحروف الخمسة قولان وهي تحت، وفوق، ومع، وقبل، وبعد، **أحدهما**: يلزمه درهمان [١٣١/أ] لأن العرف يقصد بها الضم فهي بمنزلة الواو. **والثاني**: يلزمه درهم واحد لما ذكره الشافعي وهذا هو الطريق الصحيح. وظاهر رواية المزني يوجب الفرق بين قبل وبعد، وبين ما سواهما ففي فوق وتحت ومع يلزمه درهم وقد نصره كثير من أصحابنا على ما ذكرنا ولكنه خلاف ما ذكره الشافعي في الأصل والأولى تفريق الجميع على القولين لأن الفرق بينهما ليس بواضح. ولو قال: درهم قبله درهم وبعده درهم قال أبو حامد: يلزمه ثلاثة وهو على ما ذكرنا من الخلاف، وقال القفال: وهكذا القولان إذا قال: عليّ درهم على درهم أو عليه درهم.

مسألة[1]: قال: وَلَوْ قَالَ: عَلَيّ قَفِيْزَاً لاَ بَلْ قَفِيْزَانِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان عليّ قفيز حنطة لا بل قفيزان أو قفيز حنطة بل قفيزان يلزمه قفيزان لأنه استدرك زيادة على ما أقر به. وقال زفر: يلزمه ثلاثة أقفزة وبه قال داود.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: القياس أن يلزمه ثلاثة أقفزة ولكن يلزمه قفيزان استحساناً وهذا غلط لأن قوله: قفيزاً إقرار بقفيز فإذا قال: لا بل قفيزان ما نفى الأول لأنه لا يصح أن ينفيه وقد أثبته وقد نفى الاقتصار عليه يعني عندي أكثر منه وهو قفيزان فصار كما لو قال: قفيز لا بل أكثر منه يلزمه قفيز وشيء، ولو كان نفياً للأول لكان يلزمه قفيزان وشيء. وهكذا الخلاف لو قال: عليّ دينار لا بل ديناران أو قال: درهم لا بل درهمان ولا فصل بين أن يقول: لا بل درهمان أو يقول: بل درهمان هذا في الجنس الواحد. فأما إذا قال: له قفيز برٌّ لا بل درهمان أو قفيز حنطة لا بل قفيزان شعير أو دينار لا بل درهمان كان مقراً بالكل لأن الحنطة لا تدخل في الدراهم ولا الحنطة في الشعير ولا الدينار في الدرهم وقصده الرجوع عما ذكر أولاً بما ذكر آخراً لا الاستدراك فيثبت الدرهمان بآخر الإقرار ولم يصح الرجوع عن الإقرار بالبر بخلاف المسألة قبلها.

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٧/٥٧).

فرع

لو كان هذا الإقرار بعين قائمة فقال له هذا القفيز بل هذان القفيزان كان مقراً [١٣١/ب] بثلاثة أقفزة لأن الأول لا يدخل في الآخرين لكون العين قائمة مشار إليها وعلى هذا «أبداً» متى كان الإقرار بجنس غير معين دخل الأول في الآخر، ومتى كان معيناً أو من جنسين لم يدخل الأول في الآخر.

فرع آخر

لو قال: عليّ درهم لا بل درهم لزمه درهم لأنه أقر بدرهم ثم هذه بقوله لا ثم استدركه بقوله: بل درهم فثبت عليه فلزمه الدرهم وقال في «الحاوي»: فيه وجهٌ آخر يلزمه درهمان لأنه إذا لم يزد على الأول لم يكن استدراكاً وكان رجوعاً فلزماه معاً. وهذا لا يصح لأنه يحتمل أنه أراد أن يستدرك زيادة فتذكر أنه لا زيادة عليه فلم يستدرك.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليّ دينار فقفيز حنطة لا يلزمه إلا دينار لأن قوله قفيز حنطة يحتمل العطف ويحتمل أن يكون معناه فقفيز حنطة خير منه أو أنفع منه، وإذا احتمل الأمرين ألزمناه اليقين وهو الدينار وطرحنا الشك.

وقال أبو حنيفة: يلزمه كلاهما. وقد ذكرنا ما قال أصحابنا في نظيره. ولو قال: عليّ دينار، وقفيز حنطة أو وثم قفيز يلزمه كلاهما كما لو قال: درهم ثم درهم أو دينار ثم دينار لأنه عطف ولا فرق بين عطفه على جنسه أو على جنسٍ آخر. ولو قال: درهم لا بل قفيز حنطة يلزمه كلاهما.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف درهم أو لا لم يلزمه شيء لأنه شك فكأنه شاك هل له عليّ ألف درهم أو لا؟ وقال أبو حنيفة: عليه الألف لأنه راجع عنه بعد إثباته وهذا غلط لأن الشك أليق بهذا الكلام وأشبه بمفهوم الخطاب. ولو قال: عليّ ألف درهم بل لا يلزمه لأنه أثبت وقصد الرجوع بعيد.

فرع آخر

لو قال: عليّ دينار مثله قفيز حنطة كان مقراً بالدينار دون القفيز.

فرع آخر

لو قال: عليّ عشرة لا بل تسعة لزمه عشرة لأنه لا يصلح نفي الاقتصار وقد استدرك دون ما أقر به، ولا يصلح للتفضيل فيكون معناه بل تسعة خير منها فسقط هذا فلم يبق إلا نفي العشرة فيلزمه الكل لقوله عشرة إلا عشرة.

فرع آخر

لو قال: عليّ درهم وثلاثة دراهم كان مقراً بأربعةٍ. [١٣٢/أ] وكذلك لو قال: ثلاثة دراهم ودرهم ولو قال: درهمان ودرهمان كان مقراً بأربعة.

فرع آخر

لو قال: له عندي ما بين الواحد والعشرة يلزمه ثمانية دراهم «لأنها» بين الواحد والعاشر. ولو قال: لفلان من واحد إلى عشرة واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يلزمه ثمانية وبه قال زفر فيعد ما بعد الواحد ولا يُعد العاشر، وهذا لأن الأول والعاشر حدان لا يدخلان في المحدود وقال القاضي أبو عليّ الزجاجي: حكاه الساجي عن الشافعي. ومنهم من قال: يلزمه تسعة وهذا لا يصح فيدخل الدرهم الأول ولا يدخل العاشر، وحكي هذا عن أبي حنيفة وهذا لأن الأول ابتداء الغاية والعاشر هو الحد فيدخل الابتداء فيه ولم يدخل الحد. ومن أصحابنا من قال: يلزمه عشرة ذكره القفال وغيره وبه قال محمد لأن الحد إذا كان من جنس المحدود دخل فيه.

فرع آخر

لو قال: عليّ ما بين الدرهم إلى العشرة ذكر ابن أبي أحمد عن الشافعي أنه قال: يلزمه تسعة، وقال القفال: هذا مذهب أبي حنيفة ومذهبنا أنه يلزمه عشرة وبه قال محمد. ولو قال: له ما بين درهمٍ إلى عشرين أو عليّ ما بين العشرة إلى العشرين.

قال ابن أبي حنيفة أحمد عن أبي حنيفة: يلزمه في كليهما تسعة عشر فيلزمه الدرهم الأول دون الدرهم الأخير قال القفال: ومذهبنا أنه يلزمه عشرون فيهما لأنه إنما ذكر العشرين حداً وغايةً لا أنه أخرج العشرين من جملة الوجوب. قال: وهكذا لو قال: أنت طالق ما بين الواحد إلى ثلاثة طلقت اثنتين عندهم وعندنا تطلق ثلاثاً لأنها غاية قال: ووافقنا أبو حنيفة أنه إذا قال: أبرأتك من درهمٍ إلى عشرين وكان له عليه مائة درهم برئ من عشرين. وكذلك لو قال: أبرأتك ما بين درهم إلى عشرين.

فرع آخر

لو قال: له ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط لم يلزمه الحائطان عندهم وهكذا مذهبنا لأن المقصود في الحائطين التحديد، والمقصود في الدراهم التعديد لا التحديد.

مسألة: قال: وَلَو أَقَرَّ لَهُ يَومَ السَّبتِ [١٣٢/ب] بِدِرْهَمٍ وَأَقَرَّ لَهُ يَومَ الأَحَدِ بِدِرْهَمٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا شهد شاهدان عند الحاكم على رجل أنه أقر عندهما يوم السبت أن لفلان عليه ألف درهم وشهد آخران أنه أقر عندهما يوم الأحد عنده له بألف درهم لا يخلو من أحد أمرين إما أن يضيفا الألفين إلى جهةٍ واحدةٍ أو إلى جهتين مختلفتين مثل أن يشهدا عليه أنه أقر يوم السبت بألف درهم من ثمن عبدٍ، وشهدا آخران أنه أقر عندهما بألف درهم من ثمن ثوبٍ فهما مالان مختلفان ويحكم الحاكم عليه بألفين. وإن أضافا إلى جهةٍ واحدةٍ من ثمن ثوب أو عبد يلزمه ألف درهم واحد، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: إن كان في مجلسين يلزمه ألفان وإن كان في مجلسٍ واحدٍ فيه روايتان. وعلى هذا لو أقر بألف في مجلسٍ وبألفين في مجلسٍ وبثلاثة آلاف في مجلسٍ وادعى أنه ليس عليه إلا الثلاثة يقبل عندنا خلافاً لأبي حنيفة. وهذا لأن الإقرار إخبارٌ فإذا أقر ثم أقر بذلك احتمل التكرار واحتمل الاستئناف والأصل براءة الذمة. ولو قال في **أحدهما**: استقرضته أمس، وقال في الآخر: استقرضته اليوم يلزمه المالان بلا خلاف سواء كان في مجلسٍ واحدٍ أو مجلسين.

مسألة: قال: وَإِذَا قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيْعَةً فَكَمَا قَالَ.

الفصل

وهذا كما ذكر قد مضت هذه المسألة وقد ذكرنا أنه إن وصل باللفظ فقال: له عليّ درهمٌ وديعة يقبل ولو قال بعد ذلك هلك قبل قوله. ولو قال موصولاً: له عليّ ألف درهم وديعة هلك أوله عندي ألف درهم وديعة هلك هل يقبل؟ قولان، **أحدهما**: يقبل، **والثاني**: لا يقبل لأنه إذا هلك لم يكن عليه ولا عنده وهو بناء على القولين في تبغيض الإقرار إذا قال: له عليّ ألف درهمٍ قضيته أو عليّ ألف درهم أحلته على فلان أو من جهة ضمان فاسد.

فرع

لو قال: أودعني فلان ألفاً فلم أقبضه أو قال: أقرضني أو أعطاني ألفاً فلم أقبض يقبل قوله إذا كان متصلاً ولا يقبل إذا كان منفصلاً هكذا ذكره أصحابنا.

وقال في «الحاوي»: لو قال: أقرضني فلان ألفاً ثم قال بعد ذلك: لم أقبضه [١٣٣/أ] يقبل ولا يلزمه خلافاً لأبي حنيفة وصاحباه، وهذا لأن القرض يلزم بالقبض ولم يقر به وهذا أصح عندي وكذلك إذا قال: نقدني ألفاً فلم أقبضه. وقال أبو يوسف: لا يصدق لأن قوله نقدني يفهم منه القبض ولهذا يقال بع بالنقد ويراد به القبض وهذا لا يصح لأنه أضاف ذلك إلى المقر له فصار بمنزلة قوله أعطاني وأقرضني وقيل: ألفاظ الإقرار خمسةٌ: له عليّ، له عندي، له بيدي، له قبلي، له في ذمتي. فإن قال: له في ذمتي ثم ادعى أنها وديعة وهلكت أو كانت باقيةً فقد ذكرنا. ولو قال: له في يدي وقال: هي وديعة ثم قال: هلكت موصولاً لا يقبل لاستحالة أن يكون بيده ما قد هلكت. والثاني يقبل لاحتمال أن يريد أنه كان بيده وقد ذكرنا نظيره. ولو قال: له قِبَلي ألف درهم يحتمل ما في الذمة من الديون ويحتمل ما في اليد من الأعيان فإذا بين أحدهما صار بالإبانة مقتضى كلامه وقد ذكرنا حكمهما. ولو قال: له عليّ ألف درهم يقتضي ما كان مضموناً في الذمة من عين ودين ويخالف قوله في ذمتي من وجه وذلك أنه يقتضي الدين ولا يقتضي العين إلا على وجهٍ من المجاز وقد ذكرنا فيه الوجهين. ولو قال: له عندي ألف درهم يستعمل هذا فيما بيده من عين مضمونة أو أمانة ويستعمل فيما في الذمة من دين مضمون وخالف قوله بيدي من وجد وهو أن ما بيده لا ينصرف إلى ما ذمته بخلاف هذا.

مسألة: قال: وَلَو قَالَ: لَهُ مِنْ مَالِيْ أَلْفَ دِرْهَمٍ سُئِلَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان من مالي ألف درهم سُئل فإن قال: أردت الهبة لا الدين فالقول قوله لأن ظاهر قوله: من مالي أنه أضاف جميع المال إلى نفسه ثم اقتطع منه طائفة بالهبة فرجعنا إلى قوله وقد مضت هذه المسألة، ومراد الشافعي القول قوله أي مع يمينه وإنما استحلفناه لأن قوله من مالي ألف درهم وإن احتمل الهبة بظاهره احتمل أنه عليه ألف درهم يلزمه قضاؤه من ماله وكيفية استحلافه أن يحلف بالله ما أردت بهذا اللفظ إقراراً وإنما أردت به هبةً [١٣٣/ب] ولو مات هذا المقر لا يلزم في تركته شيء ما لم يقر ورثته بأنه أراد به الإقرار دون الهبة. ولو اعترف ورثته أنه أراد الإقرار ثبت الألف ديناً على الميت لإقرارهم بذلك ثم يلتزمون قضاؤه على الحصص، وإن اعترف بعضهم وجحد بعضهم لم

يؤاخذ الجاحد باعتراف المعترف ثم ذكر بعد هذا إذا قال: له من هذه الدار نصفها أو قال: له من داري هذه نصفها وقد ذكرنا شرح هذا وجملته أنه إذا أضافها إلى نفسه منعت الإضافة حمل الكلام على ظاهره.

مسألة(١): قال: وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لَكَ هِبَةً عَارِيَةً، أَوْ هِبَةً سُكْنَى.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: هذه الدار لفلانٍ هبةً عاريةً أو هبة سكنى كان له أن يخرجه منها متى شاء ويصح إقراره لأنه لما قال: هذه الدار لفلان فقد أقر له برقبتها ومنفعتها فإذا نوى به هبةً عاريةً فقد أخرج الرقبة عن حكم الإقرار وبقّى المنفعة فقد استثنى بعض المقر له فقبل وإنما قلنا: له الرجوع لأن ما سكنه فقد قبضه وما لم يسكنه فهو هبة لم يقبضها فكان له أن يرجع فيها. ولو قال: له في هذه الدار حق سكنى فقد أقر بمدة مجهولة فكان القول قوله في قدرها يوماً أو أكثر أو أقل. ولو قال: لك فيها سكنى إجارة بدينار في الشهر فقد أقر بأنه أجرها بدينار في الشهر فإن قبل المقر له ذلك فهي له وإلا فلا شيء له، نص عليه في «الإقرار والمواهب».

قال أصحابنا: وهذا يدل على أنه إذا قال: آجرتكها كل شهر بدرهم صح في الشهر الأول وهو أحد وجهي أصحابنا. ولو لم يسلم شيئاً لك فيها إجارة كان المرجع في تفسيره إليه. وهكذا لو قال: له في هذه الدار حق، وأطلق.

فرع

لو كانت دار بين رجلين فأقر أحدهما بنصفها لرجلٍ، وكذبه الشريك قال أبو حنيفة: كان للمقر له بالنصف ثلث الدار وللمقر السدس تكملة النصف والنصف الباقي للشريك المكذب وعلة ذلك أن المكذب للمقر بالنصف يقول: لي ولشريكي النصف والنصف الباقي لك أيها المقر له فيكون ذلك مثلا مالي فإذا انفرد [١٣٤/أ] الشريك لتكذيبه بالنصف صار النصف الباقي بيننا أثلاثاً لي منه سهم واحد، ولك منه سهمان مثلا مالي. وحكى أبو العباس بن رجاء القيصري عن الشافعي في هذه المسألة أن مذهبه سؤال المقر بالنصف أَلَهُ في الدار باقي ملكٍ أم لا؟ فإن قال: لا شيء لي في الدار صح إقراره فيها بالنصف وكان النصف الآخر للشريك، وإن قال: لي نصفها لزمه الإقرار بربعها وكان الربع الآخر له

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٧/ ٦٤).

والنصف للشريك لأن المقر أقر من حقه وحق شريكه فقبل إقراره على نفسه ورد على شريكه، ولهذا وجه صحيح على ما ذكر وفيه وجه آخر محتمل أنه يلزم إقراره في النصف كله.

فرع آخر

لو كانت الدار مشاعة بين رجلين فأقر أحدهما ببيت منها لرجل وكذبه الشريك.

قال أبو حنيفة: يكون إقراره مردوداً ما لم يقتسما، فإذا اقتسما وصار البيت للمقر لزمه بالإقرار المتقدم تسليمه إلى المقر له، ولو صار البيت للشريك ضرب المقر له مع المقر بقيمة البيت فيما صار له بالقسمة، وعلى ما حكاه ابن رجاء عن الشافعي يكون للمقر له بالبيت ربع البيت مشاعاً، وعلى ما ذكرنا من التخريج له نصف البيت مشاعاً لا يجوز أن يختصا دونه بقسمة، فإن اقتسما وصار البيت في حصة المقر لزمه تسليم جميعه إلى المقر له. وإن صار للشريك لزم المقر أن يعوض للمقر له قيمة ما بقي من البيت بعدما صار له بالإقرار من ربع أو نصف وإنما لزمه غرم القيمة لأنه صار معاوضاً عليه بالقسمة.

فرع آخر

لو قال: هذه الدار لفلان إلا بناءها كان إقراراً بالأرض دون البناء. وقال أبو حنيفة: يلزمه الإقرار بجميع البناء لأن الدار لا يسمى بغير بناء. وهذا غلط لأنه لو قال: هذه الدار لزيد إلا نصفها صح الإقرار بنصفها، وإن كان النصف بانفراده لا يسمى داراً وهذا لأن الاستثناء يغير حكم الجملة عن إطلاقها.

فرع آخر

لو أقر له بحائطٍ لم تدخل أرض الحائط في إقراره خلافاً لأبي حنيفة، ووافقنا أنه لو أقر [١٣٤/ب] له بنخلةٍ لم يدخل قرارها في الإقرار.

فرع آخر

لو قال: هذه الدار لزيد، وهذا البيت منها لي كان كقوله: إلا هذا البيت. وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك لأنه استئناف رجوع في البيت بعد الإقرار به وهذا غلط لأن ألفاظ الاستثناء مختلفة وهذا من جملته. وهكذا الخلاف إذا قال: هذا الخاتم لزيد وفصه لي.

مسألة: قال: وَلَو أَقَرَّ لِلْمَيِّتِ بِحَقٍّ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم وقد مات وهذا الصبي ابنه وهذه المرأة زوجته قد ذكرنا أنه يكون إقراراً لهما بالألف ويلزمه الدفع إليهما ويفارق هذا مسألة الوكالة على ما ذكرنا، هذا إذا لم يكن له ابن معروف النسب، فإن كان له ابن معروف النسب، فإن صدقه يلزمه أن يدفع الثمن إلى المرأة والباقي بينهما نصفين. وإن كذبه يلزمه دفع جميع الألف إلى الابن المعروف. وهل يلزمه أن يغرم للمرأة والصغير ما أقر لهما به على الاختلاف الذي ذكرنا في قوله: هذه الدار لفلان لا بل لفلانٍ آخر.

قال المزني: هذا عندي خلاف قوله في الإقرار بالوكالة وهذا عندي أصح ومراده أن في مسألة الوكالة يجب الدفع إلى الوكيل فأوهم أن المسألتين على قولين واختار جوابه في كتاب الإقرار على جوابه في كتاب الوكالة وعامة مشايخنا على الفرق على ما بينا، ولو كان الوارث صغيراً فقال: وهذا وصية لم يلزمه الدفع إلى الوصي لأنه لا يبرأ بل يدفع إلى الحاكم حتى يبرأ.

مسألة: قال: وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَ جَارِيَتِيْ هَذِهِ فَأَوْلَدْتُهَا.

الفصل

وهذا كما قال: لو أن رجلاً وطئ أَمَةً تسلّمها من سيدها ثم قال السيد: بعتكها بألفٍ في ذمتك فلي عليك ثمنها وقال الواطئ: بل زوجتنيها فلك عليّ المهر، فإن لم يكن أحبلها فإنهما يختلفان لأن كل واحدٍ منهما يدعي على صاحبه عقداً ينكره فالقول قول المدعى عليه مع يمينه في نفي ما يدعيه صاحبه عليه. ثم يُنظر فإن حلفا معاً لا يلزم الواطئ الشراء ليمينه ولا يلزم السيد التزويج ليمينه وحكمنا بزوال العقد [١٣٥/أ] وللسيد بيعها بلا خلافٍ لأنه لم يقر فيها بما يمنع البيع، وإنما أقر بها للواطئ بثمن يملكه عليه، فإذا لم يملك على الواطئ الثمن الذي ادعاه لم يملك عليه الواطئ الأمة التي أقر بها. وقيل: ترجع الجارية إليه وعلى أي وجهٍ ترجع فيه وجهان:

أحدهما: يرجع كما يرجع البائع في السلعة إذا أفلس المشتري وتعذر عليه ثمنها لأن الثمن ها هنا تعذر فيحتاج السيد أن يقول: فسخت البيع ثم تعود ملكاً له في الظاهر والباطن.

والثاني: أنها ترجع إليه على معنى أن له قبل المشتري ثمنها وقد تعذر عليه الوصول إليه وقد ظفر بهذه الجارية من ماله فكان له أخذها وبيعها بجنس حقه وقبض ذلك بدينه.

وفائدة الوجهين إباحة الوطئ للبائع فعلى الوجه الأول يحل له وعلى الثاني لا يحل له إذا كان على يقين مما ادعى لأنه على ملك الواطئ باعتقاده وإنما ظلمه بمنع الثمن وجعل له بيعها ليتوصل إلى ثمنها. وعلى هذين الوجهين لو فضل من ثمنها بعد بيعها زيادة على الذي ادعاه من ثمنه هل يسوغ له تملكها؟ فإن قلنا بالوجه الأول يجوز له تمليكها، وإن قلنا بالوجه الثاني لا يجوز له تملكها ويلزمه ردها إليه وهو لا يستردها فماذا يفعل بها؟ قد ذكرنا من قبل. ولا خلاف أنه يحرم على الواطئ إصابتها بعد يمينه ولا يستحق صاحب الجارية على الواطئ مهرها لأنه لا يدعي ذلك عليه وإن كان يعترف هو له به. ولو نكلا عن اليمين فهو نكول عن يمين نفيٍ وإنكارٍ فيرد عليهما بالإثبات فيحلف السيد عليّ إثبات البيع وحلف الواطئ عليّ إثبات التزويج فإن نكلا عنهما أيضاً لم يحكم لواحدٍ منهما بما ادعى وحرمت على الواطئ لنكوله عما ادعاه بالنكاح وهل تحرم على السيد؟ وجهان على ما ذكرنا. وإن حلف السيد ونكل الواطيء حكم له بالشراء وحكم عليه بالثمن وحرمت على السيد وفي تحريمها على الواطئ في الحكم وجهان:

أحدهما: تحل لأنهما قد اتفقا على حصول الاستباحة وإنما اختلفا في جهتها [١٣٥/ب] وهذا أصح عندي.

والثاني: لا تحل لأنه لم تثبت واحدة من الحالتين بقوله وهو اختيار القفال. وإن حلف الواطئ ونكل السيد حكم له بالتزويج وهي حرام على السيد، حلال للواطئ وجهاً واحداً.

وإن حلفا معاً قضي بيمين السيد في الشراء ولزوم الثمن على الواطئ لأن تزويجه لها لا يمنع جواز بيعها وابتياعها وهي حرام على السيد حلال للواطئ، وإن حلف السيد في الابتداء ونكل الواطئ فهذه اليمين من السيد إنما هي لنفي ما ادعاه الواطئ من التزويج، وقد نكل الواطئ عن يمين إنكاره لما ادعاه السيد في الشراء فترد على السيد اليمين ليحلف ثانيةً على إثبات ما ادعى من الشراء فيكون يمينه الأولى لنفي التزويج، واليمين الثانية لإثبات الشراء فيحرم على السيد وفي تحريمها على الواطئ وجهان. فإن نكل عنها فلا ثمن له والجارية في يده محرمة عليه وعلى الواطئ جميعاً. وإن حلف الواطئ في الابتداء ونكل السيد فهذه اليمين من الواطئ إنما هي لنفي ما ادعاه السيد من الشراء وقد نكل السيد عن يمين إنكاره لما ادعاه الواطئ من التزويج فيرد على الواطئ اليمين ليحلف بها ثانيةً على إثبات ما ادعى من التزويج فتكون يمينه الأولى لنفي الشراء، واليمين الثانية لإثبات التزويج فإذا حلف حكم بها زوجة له، فإذا طلقها أو زال النكاح بفسخٍ رجعت إلى سيدها في الحكم وكانت في الباطن على ما يعلمه فإن كان صادقاً فهي ملك للمشتري لا يحل له وطئها، وإن

نكل عن هذه اليمين وعادت إليه على ما مضى بيانه. وإن كان كاذباً في دعواه والواطئ كان صادقاً يحل له وطئها. وإن نكل عن هذه اليمين الثانية فليست له بزوجة وهي محرمة عليه وللسيد في الحالين بيعها لبقاء ملكه بإنكار الشراء. وأما إذا أحبلها وأولدها فهي مسألة الكتاب ودعوى كل واحدٍ منهما تتضمن أحكاماً فدعوى السيد الشراء تتضمن استحقاق الثمن وأن الأمة أم ولده وأن الأولاد [١٣٦/أ] أحرار ودعوى الواطئ الزوجية تتضمن إقراراً بالمهر وثبوتاً للزوجية وأن الأمة وأولاده مرقوقون للسيد فيقبل قول كل واحدٍ منهما فيما يضره ولا يقبل فيما ينفعه لأنه متهم فيما ينفعه ويكون القول قول الواطئ مع يمينه فيحلف أنه لم يشتر منه هذه الجارية. فإن حلف فالوطئ محرم على السيد لإقراره بأنها أم ولد لغيره، وهل يحل وطئها لمدعي الزوجية؟ فإن كان يعلم أنه صادق فيما يدعيه من النكاح يحل له وطئها فيما بينه وبين الله تعالى لأنها امرأته وهذا إذا كان ممن يَحِلُّ له نكاح الإماء. وهل يحل له في الحكم؟ وجهان على ما ذكره:

أحدهما: يحل لاتفاقهما على إباحته له إما بالملك أو بالزوجية كما لو قال لغيره: بعتك أمتي وقبضت ثمنها وقال: بل وهبتنيها يجوز باتفاق أصحابنا أن يطأها وإن اختلف في سبب الإباحة.

والثاني: وهو اختيار صاحب «الحاوي» لا يحل لأنهما بإنكار العقدين أبطلا أن يكون للواطئ أمةً ولا زوجةً وصار كما لو قال لآخر: بعتك أمتي بألفٍ ولم أقبض الألف وقال: بل وهبتنيها لا يجوز له أن يطأها بالاتفاق لأنهما وإن اتفقا على سبب الإباحة فللمستحق المنع من الإضافة إلا بعد قبضه وخالف حال المقر بقبضه، ويحكم بأن الأمة صارت أم ولد للواطئ بإقرار السيد، وأن الولد خلق حرام. ولا يستحق عليه الثمن إلا ببينةٍ وقد برئ من الثمن لما حلف. وهل للسيد أن يرجع عليه بشيء؟

اختلف أصحابنا فيه منهم من قال: يستحق الرجوع على الواطئ بأقل الأمرين من ثمن الجارية أو مهرها وأنه واجب باتفاقهما جميعاً. ومنهم من قال: لا يستحق عليه شيئاً لأنا حكمنا بعدم الشراء بيمين الواطئ والنكاح الذي اعترف به وجوب المهر له لا يدعيه سيدها فلم يثبت له، ولا خلاف أنه لا يرجع البائع في الأمة بل يقر في يد من هي في يده لأن البائع أقر بأن ملكها [١٣٦/ب] انتقل إليه وأنها تلفت في يده بالإحبال فهو كما لو قال: بعت عبدي من زيد وأعتقه، وأما النفقة فنفقة الأولاد على الأب الواطئ بلا خلاف لأنهم عتقوا، والولد إذا عتق وجبت نفقته على أبيه المناسب دون مولاه المعتق. وأما نفقة الأم فإن قلنا: يحل له أن يطأها فالنفقة عليه. وإن قلنا: لا يجوز له أن يطأها سقطت نفقتها بلا خلاف. وأين تجب نفقتها؟ فيه وجهان:

أحدهما: تجب في كسبها إن كان لا في من لزمته النفقة ملك الكسب.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة نفقتها على السيد ويكون كسبها موقوفاً لأنه متهم في إسقاط النفقة فلم تسقط عنه ومقر بالكسب لغيره فلم يؤخذ منه والأول أصح.

وقيل قال أبو إسحاق: فيه قولان أي وجهان **أحدهما**: في كسبها، **والثاني**: على السيد من غير تفصيل بين أن يحل وطئها أو لا يحل وذاك أصح. وأما الميراث فهو ثلاثة مواريث ميراث الواطئ، وميراث الأولاد وميراث الأم، فأما ميراث الواطئ فلأولاده لكونهم أحراراً ولا شيء للأم لأن أحسن أحوالها أن تكون أم ولدٍ تتحرر عند موته. وأما ميراث الأولاد فلأبيهم ولا شيء لأمهم لأنها قبل موت الأب في حكم أم الولد. وإن كان موت الأولاد بعد موت الأب فللأم الثلث من تركتهم لأنها صارت حرة ثم الباقي بعده لعصبته إن كانت، وإن لم يكونا فموقوف لأنه مستحق بالولاء الموقوف. وأما ميراثها فإن كان موتها بعد عتقها بموت الواطئ فموروث لأولادها إن كانوا، وإن لم يكونوا أو ماتوا قبل موتها كان مالها موقوفاً لأنه لا يعلم أن الولاء للسيد أو للواطئ وكل واحدٍ منهما يدفع عن نفسه فكان موقوفاً إلى أن ينكشف أمره. وإن كان موتها قبل عتقها بموت الواطئ فلا ميراث لأولادها ويكون موقوفاً بين الواطئ والسيد لأنه مستحق بالملك لا بالإرث والملك موقوف. فإن طلب السيد باقي ثمنها من الموقوف من مالها حين قضي له على الواطئ بالمهر الذي هو أقل أو طلب جميع الثمن حين لم يقبض له على الواطئ بشيء فله ذلك [١٣٧/أ] ويدفع إليه وهذا لأن المشتري يقول: هذه مملوكتك وجميع تركتها لك والبائع يقول: بل هي أم ولدك وجميع تركتها لك واستحق عليك الثمن فكان له أخذ الثمن من التركة والفضل موقوف لأن أحداً لا يدعيه ويفارق المسألة قبلها حيث لا يجوز للبائع هناك أخذ الثمن من تركتها لأنه يقول: هذه التركة لوارث المشتري بحق الولاء والثمن استحقه على المشتري في ذمته فلا يجوز له أن يأخذه من مال وارثه.

فإن قال قائل: لمَ قال الشافعي: وولاؤها موقوف وأعرض عن ذكر ولاء الولد وقد حكمنا بحريتهما جميعاً بإقرار السيد؟

قلنا: لأن حرية الولد مستفادة بإقرار السيد وفي ضمن إقراره أن لا ولاء على ذلك الولد إذ خلق حراً لم يمسه الرق فلذلك لم يتكلم في ولاء الولد وتكلم في ولاء أم الولد لأن عليها الولاء وهو كما لو قال واحدٌ: أنا عبدك فقال: بل أنت حر الأصل لا ولاء عليه. ولو رجع كل واحدٍ منهما عما ادعاه، فإن رجع سيدها عن دعوى البيع سقط الثمن عن الواطئ ولا يقبل رجوعه في إسقاط حقها من الحرية وحق أولادها من الحرية، وإن رجع

الواطئ عن دعوى الزوجية قبل رجوعه في وجوب الثمن عليه وثبوت الولاء له. وإن نكل الواطئ عن اليمين رددنا اليمين على سيدها، فإن حلف استحق الثمن وهل يحل للمبتاع وطئها؟ وجهان على ما ذكرنا. وتكون الجارية أم ولد الواطئ ويكون الولد حراً. وإذا حلف الواطئ أنه لم يشترها وادعى الزوجية هل يحلف السيد؟ وجهان.

أحدهما: لا يحلف لأنه قد أقر بأنها أم ولده ولو عاد وأقر أنها أمته زوّجها منه لم يقبل فلا فائدة في عرض اليمين عليه.

والثاني: يحلف لأنه ربما يمتنع من اليمين فيرد اليمين على المدعي فإذا حلف حكم له بالزوجية ويطأها بالنكاح.

مسألة(١): قال: وَإِذَا قَالَ: لاَ أُقِرُّ وَلاَ أُنْكِرُ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قدم رجل رجلاً إلى الحاكم فادعى عليه مالاً فقال: لا أقر ولا أنكر فإن الحاكم يقول له: هذا ليس بجوابٍ فإما إقرار وإما إنكار مع اليمين فإن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً. ويستحب للحاكم أن يقول له ذلك [١٣٧/ب] ثلاث مرات وأن ينذره فيقول: إن عرضت اليمين عليك هذه الكرّة فنكلت رددت اليمين على خصمك ثم لا أقبل يمينك. فإن قال مرة واحدة ورد اليمين أجزاه، وإذا جعله ناكلاً ورد اليمين على المدعي فحكم حكم له بما ادعاه، ورد اليمين بأحد أمرين إلا أن يقول: حكمت عليك بأنك ناكل أو بأن يقبل على المدعي فيقول: أحلف فحينئذ لا ينفع المدعي عليه: قوله أنا أحلف إلا أن يرضى المدعي بذلك فيكون مسقطاً لحقه. وهكذا إذا أنكر ثم نكل عن اليمين رد اليمين على المدعي فإذا حلف حكم له. وقال أبو حنيفة يحكم بمجرد النكول ها هنا ولكن إذا قال: لا أقر ولا أنكر لا يجعل ناكلاً بل يحبس حتى يقر أو ينكر.

فرع

لو قال: أقر قال في «الإفصاح»: لا يكون إقراراً بالمال لأنه يحتمل أني أقر أن دعواه باطلة أو أقر أن الله واحد. وكذلك لو قال: أنا أقررت، أو أنا مقر لك لا يكون إقراراً بالمال لأنه موعد. أو أقر لك بالفضل والعلم.

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (٧/ ١٨٥).

فرع آخر

لو قال: أنا أقر بما تدعيه لا يكون إقراراً أيضاً لأن معناه أقر بعد. ولو قال: أنا مقر بما يدعيه كان إقراراً.

فرع آخر

لو قال: أنا مقر فيه وجهان أحدهما قاله أبو حامد: لا يكون إقراراً لأنه يحتمل أن يريد أنا مقر ببطلان دعواك. والثاني وهو الأصح يكون مقراً لأنه إذا كان جواباً عن الدعوى انصرف الإقرار إليها وكان أبلغ جواباً من نعم ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو قال في جواب الدعوى: لا أنكر لا يكون إقراراً لأنه يحتمل لا أنكر لله تعالى قدره أو لا أنكر أن هذا الدعوى باطلة أو لا أنكر فضلك. وكذلك لو قال: لا أقر ولا أنكر. ولو قال: لا أنكر دعواه أو لا أنكر ما يدعيه يكون إقراراً بالمال.

فرع آخر

لو قال في جواب الدعوى: لا أنكر أن يكون محقاً لم يكن إقراراً لاحتمال أن يريد محقاً في دينه أو اعتقاده ولو قال: لا أنكر أن يكون محقاً في هذه الدعوى كان مقراً.

فرع آخر

لو قال في جواب الدعوى: بلى أو نعم أو أجل أو صدق أو إي لعمري كان مقراً بجميع ذلك لأنها في محل الجواب تصديق، وإن كانت مختلفة المعاني. ولو قال: لعل وعسى ويوشك لم [١٣٨/أ] يكن مقراً لأنها ألفاظ للشك والترجي وكذلك لو قال: أظن وأقدر وأحسب وأتوهم.

فرع آخر

لو قال له الحاكم حين ادعى عليه رجل ألفاً: ما تقول؟ فقال: نعم، قال بعض أصحابنا: يكون إقراراً لأن تقديره نعم له عليّ ما يدعيه، ولو قال: بلى قال بعض أصحابنا: لا فرق بينهما في الحكم ذكره القاضي الطبري وفي هذا نظر لأنه قال له الحاكم: ما تقول؟ فقوله: نعم عقيبه يحتمل أن لا يكون إقراراً إلا أن يقول له الحاكم: ما تقول فيما يدعيه عليك؟ فإذا قلنا: ها هنا نعم يكون إقراراً.

فرع آخر

لو قال: له ألف عليّ في علمي كان إقراراً لأنه إنما يقر بما في علمه. وقال أبو حنيفة: لا يكون إقراراً لتشككه.

فرع آخر

لو قال الشاهد: أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم في علمي صحت الشهادة عندنا على قياس ما ذكرنا وبه قال أبو يوسف. وقال محمد وأبو حنيفة: لا تصح شهادته.

فرع آخر

لو قال الطالب: اقضِ الألف التي لي عليك فقال: نعم أو أجل أو غداً أو أنظرني بها أو أنا في ذاك كان إقراراً. ولو قال: أنظرني أو أرفق بي أو أنفذ رسولك إليّ أو سهل الله ذلك أو انظر في حسابي لم يكن إقراراً لاحتماله.

فرع آخر

لو قال له رجل: اشتر عبدي هذا أعطني عبدي هذا فقال: نعم كان إقراراً به.

فرع آخر

لو قال: اشترِ عبدي هذا فقال: لا أفعل لم يكن إقراراً خلافاً لأبي حنيفة لأن إنكار الجواب لا يكون إقراراً بالجواب. ولو قال: نعم أو كم الثمن كان إقراراً. وكذلك لو قال له: أعطني غلة ضيعتي أو أسرج دابتي فقال: نعم كان إقراراً.

فرع آخر

لو قال في جواب الدعوى: خذ أو اتزن لم يكن إقراراً لأنه يحتمل خذ الجواب مني واتزن حقاً إن كان لك على غيري. ولو قال: خذها أو اتّزنها قال الزبيري: يكون إقراراً لأن هاء الكناية في الجواب ترجع إلى ما تقدم من الدعوى. وقال جمهور أصحابنا: لا يكون إقراراً فيهما لأنه يقال ذلك استهزاءً. وقال القفال رحمه الله: لا نص للشافعي فيه والظاهر عندي أنه [١٣٨/ب] لا يكون إقراراً، وقال ابن أبي أحمد في أدب القاضي: مذهب الشافعي أنه لا يكون إقراراً قلته تخريجاً وذلك أنه لم يجعل طلبه للصلح وأخذ العوض عليّ ذلك إقراراً وجعل الصلح على الإنكار باطلاً كذلك ها هنا. وكذلك إذا قال: انتقده.

فرع آخر

لو أجاب عن الدعوى فقال: صحاحٌ لم يكن إقراراً. ولو قال: هي صحاحٌ قال الزبيري: يكون إقراراً لأنه إقرار بصفتها فكان إقراراً بها لأن الإقرار بالصفة إقرار بالموصوف وقال جمهور أصحابنا: لا يكون إقراراً لأنها صفة ترجع إلى المذكور من الدعوى ولا يجوز أن يكون صفةً لإقرارٍ لم يكن.

فرع آخر

لو قال: له عليّ ما في حسابي أو ما خرج بخطي أو ما أقر به زيد عني لا يكون إقراراً لأنه مُحِيل بالإقرار على غيره وليس بمقر.

فرع آخر

لو قال: عليك ألف فقال: إنما لك مائة تلزمه مائة.

فرع آخر

لو قال: أقرضتك مائة فقال: ما اقترضت من أحد سواك، لم يكن إقراراً.

فرع آخر

لو قال في جوابه: ثبت أو ليتني ما فعلت، أو هي التوبة، كان إقراراً.

فرع آخر

لو قال لرجل: لا تخبر فلاناً أن لزيد عليّ ألفاً لم يكن إقراراً.

فرع آخر

لو قال: كان له عليّ ألف درهم أو كان له عندي ألف درهم قال بعض أصحابنا: لا يكون إقراراً لأن رجلاً لو ادعى ذلك عند الحاكم لم يسمع دعواه بأن يقول: كان لي على هذا ألف درهم. وقال أبو حامد: عندي يكون إقراراً لأنه أقر بأنه كان له عليه فلا يبرأ بقوله ويخالف الدعوى لأن قوله مقبول على نفسه دون غيره.

فرع آخر

لو قال: وصل هذا العبد إليّ على يدي فلان، أو ملكته على يديه، أو قبضته على يديه لم يكن مقراً بذلك لزيد لأنه أقر بأن زيداً أعانه على ذلك قاله نصاً. ولو قال: ملكته من زيد

فقد اعترف له به وادعى أنه ملكه منه، ولو قال: قبضته من زيد كان اعترافاً له بالملك في اليد، فإن كذبه فلان في انتقاله له إليه كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف رده إليه.

فرع آخر

لو قال: أبرأني من [١٣٩/أ] دعواه لم يكن إقراراً بالمال، ولو قال: أبرأني مما يدعيه كان إقراراً بالمال قال ابن أبي أحمد في «أدب القاضي»: هكذا قال جمهور أصحاب الكوفي والشافعي وهو الصحيح عندي على مذهب الشافعي قلته تخريجاً وذلك أني لا أعلم بين أصحابنا خلافاً أن رجلاً لو قال: بالله لأبرئن اليوم فلاناً من مال لا يبرأ من يمينه حتى يبرئه من مالٍ عليه.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف لزيد أو عمرو فيه وجهان لا شيء عليه لواحدٍ منهما لأنه شاك في الإقرار له فصار كقوله: عليّ ألف أو لا، والثاني يكون مقراً لأحدها بالألف وإن لم يعينه فيؤخذ بالبيان ولا يسقط الإقرار كما لو أقر بواحدٍ من عبدين لم يبطل إقراره للجهل بعين المقر به فكذلك لا يبطل للجهل بعين المقر له ويخالف هذا قوله: عليّ ألف أو لا لكونه شاكاً في ثبوت الإقرار وسقوطه وهو ها هنا متيقن للإقرار شاك في مستحقه فافترقا.

مسألة: قال: وَلَو قَالَ: وَهَبْتُ لَكَ دَارِيْ هَذِهِ وَقَبَضْتَهَا.

الفصل

وهذا كما قال: إذا أقر رجل فقال: وهبت داري من فلان وقبضها، أو حازها أو صارت في يده أو حصلت في يده فقد أقر له بملكها بالهبة لأن الهبة تملك بالعقد والقبض معاً وقد أقر بذلك، فإن ادعى بعد ذلك أنه لم يكن قبضها وأنه يريد أن يرجع فيما وهبه له وطلب يمين الموهوب له قد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الرهن وحكمهما واحد والمذهب أن له طلب يمينه لأنه ربما توهم أن التسليم بالقول تسليم. وقد حكى المزني لفظ هذه المسألة ولم يذكر في ظاهرها لدعوى الواهب تأويلاً محتملاً بعد إقراره السابق بالهبة والقبض ومطلق دعوى الواهب غير مسموع لأنه يكون مكذباً نفسه بنفسه ولهذا لو قال: كذبت فيما اعترفت له بالقبض لم يسمع فالمسألة محمولة على أنه يدعي التأويل مثل ما ذكرنا أني توهمت أن التسليم بالقول تسليم، أو ذكرت ذلك عن لسان وكيلي وقد كذب ونحو ذلك هكذا ذكر أبو إسحاق رحمه الله.

ولو قال: وهبتها له ولم يقر بالإقباض قال الشافعي: [١٣٩/ب] فإن كان في يد

الموهوب له فهو قبض بعد الإقرار وهذا فرعه على ما نص في الرجل إذا وهب لغيره عيناً في يديه فمضت يمكن القبض فيها صارت مقبوضة، وإن لم يأذن له في القبض فعلى هذا يكون قد أقر بالهبة والقبض معاً، وإن كانت في يد الواهب أو في يد وكيل الواهب ثم اختلفا فقال الموهوب له: قبضتها وملكتها وأنكر الواهب فالقول قوله سواء قال: وهبتها وملكتها أو قال: خرجت إليه منها لأنه قد يقول: ملكها معتقداً مذهب مالكٍ أن الهبة تملك بالعقد ولا يزول ملكه باعتداده الباطل وكذلك قوله خرجت إليه منها لأنه يحتمل خرجت قولاً ويحتمل خرجت فعلاً. وإن كانت الدار في يد الموهوب له وقال: وهبتها منه وخرجت إليه منها قال ابن أبي أحمد: قال الشافعي: القول قول الموهوب له.

وقال القفال: استعمل الشافعي الظاهر في هذا الموضع لأنه إذا قال: خرجت إليها منها ووجدت في يد الموهوب له فالظاهر أنه أراد بما قال إقباضاً والقبض بالعيان مكذب للواهب في إنكاره له وحصل الإذن فيه بإقراره فتمت الهبة. وعلى ما ذكرنا إذا أقر أنه أقرض من فلان ألف درهم وقبضه ثم قال: ما كان قبضه وإنما أقررت لا قبض أحلفنا المقر له لاحتمال ذلك بحكم العادة على ظاهر ما ذكر ها هنا من غير تفصيل وعلى قول أبي إسحاق لا يجاب إلا أن يدعي تأويلاً محتملاً على ما ذكرنا.

واعلم أن المزني ذكر المسألة الأولى وذكر فيها تعليل المسألة الأخيرة وهي إذا اختلفا في القبض فإنه قال: لأنه لا تتم الهبة إلا بالقبض عن رضا الواهب وهذا تعليل الاختلاف في القبض فأما تعليل المسألة الأولى أن العادة جارية بالإقرار قبل القبض، ولهذا أطلق الشافعي الجواب في وجوب التحليف.

مسألة: قال: ولو أقرَ أنه باعَ عبدهُ منْ نفسِه بألفٍ.

الفصل

وهذا كما قال: اعلم أنه إذا قال لعبده: أنت حر على ألفٍ [١٤٠/أ] أو قال: أنت حر بألفٍ أو قال: إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر فقبل العبد ذلك على الفور صحَّ وعتق ووجب عليه المال. ولو قال: أنت حر وعليك ألف درهم يعتق ولا شيء عليه، ولو قال: أنت حر إن أعطيتني ألف درهمٍ فإنه لا يعتق إلا بدفع الألف إليه فإن أعطاه من ماله لم يعتق. وإن أعطاه من مالٍ أوصىً له به أو وهب له منه عتق وعلى هذا يحمل قوله: أنت حر إن أعطيتني ألف درهم، فأما ماله الحاضر الذي في يد عبده فلا يحمل عليه قوله هذا.

ولو قال: بعتك نفسك بألف درهمٍ فقد ذكرنا فيما تقدم والإشارة ها هنا أن المزني نقل

أنه يصح. وقال الربيع: فيه قول آخر البيع باطل فقيل: قول واحد يجوز وهو اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة.

وقيل: في المسألة قولان **أحدهما**: البيع صحيح وهو المذهب المنصوص في كتبه لأن المقصود من هذا البيع الحرية بعوض يثبت في الذمة فأشبه الكتابة. وقال أبو إسحاق: هذا عتق بشرط ضمان المال وسماه الشافعي بيعاً ويصح منه ضمان المال في مقابلة الحرية وهذا لأن الإنسان لا يملك نفسه فهو عبارة عن إسقاط حق الرق عنه وجرى ذلك مجرى عتقه على مالٍ فيثبت المال مع عتقه ولا يكون ثابتاً في ذمة عبده.

والثاني: لا يصح لأن البيع لا بد من أن يكون عوضه دَيناً أو عيناً والعبد لا يملك العين والدين لا يثبت في ذمته، ولهذا لو أتلف عليه شيئاً لم يجب ضمانه عليه ولو جاز هذا لكان في معنى الكتابة الحالة ولا تجوز الكتابة عند الشافعي. والأول أصح على ما ذكرنا ويفارق الكتابة الحالة لأن العتق فيها يقف على أداء المال والحلول غرر فيها بخلاف هذا فإنه يتنجز العتق فيه ويحصل المقصود ويتمكن من تحصيل المال بعده فيصح. فإذا قلنا: يصح البيع فأقر السيد أنه باعه من نفسه بألف درهم فإن صدقه العبد عتق ولزمه الألف في ذمته، فإن كذبه يحلف وبرئ من الثمن ويعتق العبد بقوله: إني بعته من نفسه [١٤٠/ب] لأن تحت قوله: إني بعته من نفسه أنه حر وأن الذي استحقه عليه هو ألف درهم فقط فقبل إقراره بالعتق ولم يقبل إقراره على غيره بالمال.

ولو قال: بعت هذا العبد من فلانٍ بألف درهم وأنكر الفلان أن يكون اشتراه حلّف وبرئ من الثمن ويعود العبد إلى البائع وعلى أي وجه يعود؟ ذكرنا وجهين، والفرق أن ملك المشتري يجوز أن يلحقه الفسخ فإذا تعذر الوصول إلى الثمن من جهة المشتري عاد ملكه إلى البائع كما لو تعذر بالإفلاس والحرية لا يقبل الفسخ فلا يعود إلى ملكه بعد إقراره بالحرية، ولهذا لو باعه من نفسه بألفٍ وقبله العبد وعتق ثم أفلس بالألف لا يجوز له فسخ البيع ورد العبد إلى الرق فافترقا. وهكذا لو أقر أنه باع هذا العبد من فلانٍ بألف درهم وأنه أعتقه فأنكر الشرى حلف وبرئ من الثمن وعتق العبد بإقراره. وهكذا لو قال لأبيه وأبوه حر: كنت بعتك ابنك بألفٍ وقبلته مني فأنكر العبد يعتق ويحلف أبوه أنه ما اشتراه وبرئ من الثمن. وهكذا إذا قال: بعتك جاريتي هذه وأولدتها فأنكر المشتري وهكذا لو قال: طلقتك على ألف درهم وقبلته مني وأنكرت حلفت وبرئت من الألف وبانت منه بطلقةٍ لأنه مُقر بأنها بانت منه.

مسألة: قال: ولو أقرَ لرجلُ بذكرِ حقٍ منْ بيعٍ ثمَ قالَ: لمْ أقبضْ المبيعَ.

الفصل

وهذا كما قال: فيه مسائل:

أحدها: إذا قال: لفلان عليّ ألف وسكت ثم قال بعد مدةٍ: هو من ثمن مبيع لم أقبضه، لا يقبل قوله لأنه يريد إسقاطه بعد الثبوت والقول قول المقر له مع يمينه: فإذا حلف أنه ليس على ما ذكر استحق الألف.

والثانية أن يقول: عليّ ألف درهم من ثمن مبيع وسكت عليه ثم قال بعده: لم أقبضه فالقول قول المقر مع يمينه، ولا فرق بين أن يكون متصلاً أو منفصلاً عنه لأن قوله: لم أقبض المبيع لا ينافي قوله: لفلان عليّ ألف درهم والأصل عدم القبض. فإن ادعى البائع أنه أقبضه إياه حلف المشتري [١٤١/أ] وبرئ. وهكذا لو قال: بعت داري من فلان ثم قال متصلاً به أو منفصلاً عنه: لم أقبض الثمن لم يجبر على تسليم الدار إليه والقول قوله مع يمينه أنه ما قبض ثمنها.

والثالثة: أن يقول: لفلان عليّ من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه دفع الألف إليه حتى يقبض المبيع ويلزم البائع إقامة البينة أنه قبضه، ولا فرق بين أن يكون المبيع معيناً أو غير معين وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: إن عيّن المبيع قبل منه سواء وصل بإقراره أو فصل، وإن أطلق لا يقبل منه ويلزمه الألف لأنه إذا أطلق فقد وصل إقراره بما يبطله لأنه مبيع مجهول وفي المجهول لا يلزم الثمن. وهذا غلط لأنه أقر بحق في مقابلته حق لا ينفك عنه، فإذا لم يسلم ماله لم يلزمه ما عليه كما لو قال: بعت هذا من فلانٍ وقال فلان: ما ابتعت لا يلزمه تسليم العبد إليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول آخر أنه بالمال مقر وللبيع مدعٍ ولا فرق بين أن يكون معيناً أو غير معين وهذا غريب ضعيف. وقال هذا القائل: ولو قال: اشتريت منه متاعاً وهذا المتاع بألف فإن سلَّم سلَّمت ولم يقدم الإقرار بالمال أو قال: بعت داري من فلانٍ بألفٍ ولم أقبض الثمن فقول واحد لا يلزمه شيء إلا أن يوافقه المقر له. وأما قول الشافعي في «المختصر»: ولا يلزمه الثمن إلا بالقبض يحتمل معنيين أحدهما أنه أجاب على القول الذي يقول: يجبر البائع على البداية بتسليم المبيع. ويحتمل أن يكون الكلام في هذه المسألة مستمراً على جميع أقاويله ويكون صورته بظاهرها في بائع يدعي أني سلَّمت السلعة إلى المشتري وصارت يدي فارغةً عنها والمشتري يجحد التسليم فيحلف ولا يلزمه الثمن

بحال، لأن القبض صار منتفياً بيمينه وليس منتظر في مستقبل وقته وإنما الأقاويل في سلعة يعترف البائع بأنها باقية في يده غير مسلمة إلى مبتاعها.

مسألة: قال: ولو شهدَ شاهدٌ علىٰ إقرارِهِ بألفٍ[1].

الفصل

وهذا كما قال: إذا شهد شاهدٌ على إقرار رجلٍ بحق بألف درهم [١٤١/ب] وشهد آخر على إقراره بألفين فإن أضافاه إلى سببين مختلفين فقال **أحدهما**: من ثمن ثوب، وقال الآخر: من ثمن عبد أو دار فهما مالان مختلفان. فإن ادعاهما حلف مع كل واحدٍ منهما يميناً واستحق ثلاثة آلاف. وإن ادعى أحدهما حلف مع شاهده واستحق. ولو قال **أحدهما**: أقر عندي بألف لزمه في شعبان، وقال الآخر: أقر عندي بألفين لزماه في شهر رمضان فالجواب فيه على ما ذكرنا. وإن أطلقاه فإنه يثبت ألف درهم بشهادتهما ويبقى الألف الآخر، فإن ادعاه حلف مع شاهده واستحقه، والفرق بين هذه المسألة وبين المسألتين الأوليين أنه يجوز أن يكون الألف الذي شهد به أحد الشاهدين أحد الألفين اللذين شهد بهما الشاهد الآخر وليس كذلك في المسألتين الأوليين فإنه لا يجوز أن يكون الألف أحد الألفين فافترقا. وهكذا لو اختلفا في صفتهما فقال **أحدهما**: من ضرب كذا، وقال الآخر: من ضرب آخر، أو قال **أحدهما**: مؤجل، والآخر قال: حالّ لا يثبت بشهادتهما شيء وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا يثبت بشهادتهما شيء في جميع هذه المسائل. وهذا غلط لأنه اتفقت شهادتهما على الألف لفظاً ومعنى فوجب أن يثبت كما لو شهد أحدهما بألفٍ وشهد الآخر بألفٍ وخمس مائة ثبت الألف بشهادتهما بالاتفاق. فإن قال قائل: أي فائدة في قوله رحمة الله عليه: فإن زعم الذي شهد بألف أنه شك في الألفين وثبت ألفاً فقد ثبت له ألف بشاهدين؟ قلنا: قصد به التنبيه على موضع تصوير المسألة لأن المسألة مصورة في الإقرار الواحد فربما يقول قائل: إذا كان الإقرار واحداً فما عذر هذين الشاهدين في اختلاف شهادتيهما وكيف يختلف الاستماع إذا كان اللفظ واحداً؟ فبيَّن الشافعي عذر أحد الشاهدين بأن يقول: إني شاك في الألف الثاني وعلى يقين من الألف الواحد وقد يتطاول الزمان على الشهادة فيحل [١٤٢/أ] للشاهد أن يؤدي منها ما يستيقنه ويسكت عما يرتاب فيه.

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (١٩٢/٧).

فرع

إذا ألزمه الحاكم ألفاً فيما ذكرنا من المسألة المختلف فيها يتوقف عن إحلافه في الألف الثاني حتى يسأل الشاهد بالألف هل عنده علم منه؟ فإن قال: لا علم لي به أحلف المدعي مع شاهده الآخر وقضى له بالألف الثاني.

وإن قال: كنت أعلم استحقاق المدعي له ولكن قبضه من المقر به فشهدت له بالألف الباقي ولم أشهد له بالألف المقبوض قيل للمدعي: حصل لك ألف بشاهدين وألف ثانٍ بشاهد واحد وعليك بقبضه شاهد واحد فإن لم تحلف مع شاهدك لم يحكم به. وإن أجاب إلى اليمين مع شاهده هل يجوز للحاكم أن يحلفه معه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحلفه لأن الشاهد بقبضه قابل الشاهد في إثباته فتعارضا فلم يجز إحلافه مع وهاء الشهادة وتعارضها.

والثاني: يحلفه لأن يمينه مع شاهده لكمال بينته تجري مجرى شاهد آخر ولا يجوز للحاكم أن يمنع شاهداً ثانياً أن يشهد به فكذا لا يمنع المدعي أن يحلف عليه فعلى هذا إذا حلفه الحاكم مع شاهد فقد تمت له البينة عليه بشاهد ويمين فيقال: للشهود عليه قد لزمه الألف الثاني بشاهد ويمين ولك بدفعه شاهد فإن حلفت معه تمت بينتك على دفعه بشاهد ويمين فسقط عنك، وإن لم تحلف لزمك لأن البينة به عليك تامة والبينة لك بدفعه غير تامة.

فرع آخر

لو كانت الدعوى منه ألفاً فشهد له أحد الشاهدين بألف وشهد الآخر بألفين هل يكون باقتصاره في الدعوى على ألف مكذباً للشاهد له بألفين؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكذب للزيادة في الشهادة على ما ادعى وعلى هذا ترد شهادته في جميع الألفين ويبقى معه الشاهد بألف فيحلف معه ويستحقه.

والثاني: وهو الأصح لا يكون مكذباً له لجواز اقتصاره في الدعوى على بعض حقه ويجوز أن يقبض من حقه ما لم يعلم الشاهد بقبضه إلا [١٤٢/ب] أن يظهر في الدعوى تكذيب الشاهد مثل أن يدعي ثمن عبده ألفاً فيشهد بأن ثمنه ألفان فترد الشهادة لتكذيبها بالدعوى.

فرع آخر

لو شهد شاهد على إقراره بألف وشهد آخر على إقراره بثلاثة آلاف. قال بعض

أصحابنا: لا يثبت الألف ها هنا بشاهدين لأن الشهادة ما كملت على لفظ ألف بخلاف المسألة قبلها، لأن صيغة الألف صحيحة في لفظ الألفين. وهذا عندي إذا شهدا على اللفظ المسموع منه، فأمّا إذا شهد بالمعنى ففي ثلاثة الآلاف ألف، ويجوز أن يكون سمع هذا الواحد ألف وألف وألف ولم يسمع الشاهد الأول إلا ألفاً واحداً فشهد هذا بلفظ أنه أقر بثلاثة آلاف.

مسألة: قال: ولو أقَر أنهُ تكفلَ له بمالٍ علىٰ أنهُ بالخيارِ.

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا أن ضمان المال بشرط الخيار لا يجوز خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله وذكرنا أنه إذا قال: ضمنت لفلانٍ ألف درهم على أني بالخيار أو تكفلت بدينه على الخيار هل يبعض إقراره؟ قولان:

أحدهما: يبعض فالقول قول المقر له مع يمينه على نفي الخيار وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لأنه وصل إقراره بما يرفعه، ولا يقبل كما لو قال: عليَّ ألف إلا ألفاً.

والثاني: لا يبعض والقول قوله فإذا حلف لا شيء عليه وهو اختيار المزني وأبي إسحاق لأنه أقر بحق وعزاه إلى سبب ثبوته فيقبل منه، وإن أدى إلى رفعه كما لو قال: عليّ ألف من ثمن هذا المبيع ولم أقبضه. وليس هذا كما لو قال: عليّ ألف إلا ألفاً لا يقبل لأنه نفى الحق من حيث أثبته فيكون راجعاً عن إقراره فلا يقبل بخلاف هذا. واحتج المزني بأن قال: إذا قال البائع: بعتك هذا الشي على أني بالخيار وأنكره المشتري كان القول قول البائع كذلك ها هنا فاختار أن الإقرار لا يبعض وهذا لأن البائع لما قال: بعت عبدي بشرط الخيار ثلاثة أيام فقد رفع بآخر الكلام أوله لأن أول كلامه يلزمه تسليم العبد إلى المشتري وآخر كلامه [١٤٣/أ] يوجب تخييره في تسليمه وقبل قوله في هذا ولم يبعض كلامه الموصول كذلك ها هنا.

قلنا: قال ابن أبي هريرة: إن كان المزني أراد به خيار الثلاث لا يصح القول لأن الشافعي نص أنهما إذا اختلفا في شرط خيار الثلاث يتحالفان وقال أبو إسحاق: ذكر الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى أن هذا مثل الاختلاف في الثمن يتحالفان ثم يفسخ البيع كما يفسخ إذا اختلفا في الثمن. وإن أراد به خيار أكثر من ثلاثة أيام فالقول قول البائع مع يمينه، والفرق بين البيع والكفالة أن البيع موضوع على جواز شرط الخيار فيه فلم يدع خياراً يخالف أصله وموضوعه فقبل منه، وليس كذلك في عقد الضمان

لأنه لا مدخل لشرط الخيار فيه، وإذا ادعى ذلك ادعى ما ينافي أصل الضمان وموضوعه فلم يقبل منه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يحتمل أن يكون مسألة البيع على هذين القولين ويحتمل أن يسلم وإن كانت الدعوى في خيار ثلاثة أيام والفرق أن البائع بدعوى الخيار لا يدفع أصل البيع لأنه مع الخيار يكون بيعاً صحيحاً ولكنه ادعى استيفاء بعض حقه مع بقاء أصل البيع، والأصل أن الملك له فكان قوله مقبولاً وفي مسألة الكفالة دفع بآخر كلامه جميع أوله لأن الإقرار يبطل إذا قبلنا قوله في الخيار ولا يلزمه شيء فافترقا، واحتج المزني أيضاً بأن قال: قد قال الشافعي: إنّه إذا أقر بشيء فوصفه ووصله قُبل قوله ولم أجعل قولاً واحداً إلا حكماً واحداً يريد به أنه إذا قال: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ مكسر يقبل. والجواب أن وصف الألف بالمكسر لا يرفع أصل الإقرار بخلاف مسألتنا.

واحتج أيضاً بأن قال: ومن قال: جعله في الدراهم مقراً وفي الأجل مدعياً لزمهِ إذا أقر بدرهم نقد البلد لزمه، فإن وصل إقراره بأن يقول: طبري جعلته مدعياً لأنه ادعى نقصاً من وزن الدرهم ومراده بهذا [١٤٣/ب] الكلام أن يفوض الاحتجاج في مسألة أخرى من فروع هذين القولين وهي أنه لو قال: لفلان عليّ ألف درهم إلى سنة ففي المسألة طريقان أحدهما فيها قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: يلزمه الألف حالاً ويكون مدعياً في الأجل فيطالب بالبينة عليه.

والثاني: وهو الصحيح: لا يلزمه حالاً ويقبل قوله في الأجل. ومن أصحابنا من قال: يقبل في الأجل قولاً واحداً لأن الدين يثبت حالاً ومؤجلاً والتأجيل يوجب سقوطه فنصر المزني هذا القول وقال: يلزم من قال بخلافه إذا أقر بدرهم ووصل إقراره فقال: طبري أن لا يقبل هذه الصفة، فلما قبل قوله طبري قبل قوله إلى أجل قلنا: المذهب كما قلت في الأجل والفرق ظاهر أن دعوى الأجل لا ترفع إقراره السابق بخلاف مسألتنا. وإن قلنا: في الأجل يقبل فالفرق بينه وبين أن يقول: طبري مع أنا ذكرنا في الطبري قولاً آخر ضعيفاً أنه لا يقبل أيضاً هو أن التأجيل في المال إنما يثبت من جهة رب المال فكذلك تقدير ذلك الأجل، فإذا قال المقر: عليّ ألف إلى سنة فقد ادعى على رب الدين أنك أجلتني إلى سنة فعليه البينة، فأمّا إذا قال: عليّ درهم طبري فأصل إقراره وقع بما دون الدرهم لأن الطبري ناقص عن وزن مكة، واسم الدرهم ينطلق عليه وليس في هذا الإقرار دعوى منه على رب المال حتى يطالبه بالبينة فافترقا.

ثم اعلم أن المزني أوجز عبارته في هذا الموضع إيجازاً غير مستحسن فقال: ومن قال: جعله في الدراهم مقراً وفي الأجل مدعياً لزمه إذا أقر بدرهم نقد البلد لزمه معناه لزمه أن يقول: إذا أقر بدرهم لزمه نقد البلد فحذف أن يقول. وقدَّم آخر فقال: نقد البلد لزمه ومراده لزمه نقد البلد. ثم احتج بمسألة أخرى فقال: ولزمه لو قال: عليّ ألف إلا عشرة أن يلزمه ألفاً وله أقاويل كذا وأراد [١٤٤/أ] وله مسائل كذا. وجوابنا عنه أن في الاستثناء لم يرفع جميع إقراره بصلته بخلاف مسألتنا ونظيره من الاستثناء أن يقول: عليّ ألف إلا ألفاً، وعلى ما ذكرنا إذا قال: استقرضت منه ديناراً أو قضيته أو كان له عليّ دينار فقضيته هل يقبل؟ قولان فأما إذا قال: له عليّ دينار قد قضيته يلزمه الدينار قولاً واحداً لأن قوله: له عليّ دينار أقر بثبوت الدينار في ذمته الآن وما بعد ذلك رجوع عن الإقرار ذكره القفال رحمه الله.

فرع

لو ابتدأ فقال: ما ضمنت له إلا بشرط الخيار لا يلزمه بهذا القول شيء بلا خلاف لأنه إذا ابتدأ بقوله: إنما فمعلوم صيغة كلامه أنه يريد أن يصل الضمان بغير فتصير الصلة لتقدم إمارتها كالمتقدمة على إقراره فيقبل قوله في ذلك.

مسألة: قال: ولو ضمنَ لهُ عهدةَ دارٍ اشتراهَا وخَلاصهَا.

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا هذه المسألة واعلم أن ضمان العهدة وضمان الخلاص واحد في المعنى بخلاف ما حكي عن بعض السلف أن ضمان العهدة ضمان الثمن وضمان الخلاص ضمان تخليص الدار للمشتري بأن يشتريها الضامن من المستحق ويسلمها إلى المشتري وهذا عندنا فاسد.

وإذا أطلق لفظ الخلاص صح البيع وانصرف اللفظ إلى الثمن، ولهذا جمع الشافعي بين اللفظين في هذا الفصل وجعل مرجعهما إلى الثمن، وتخصيص الاستحقاق بالذكر يدل على أنه لو كان فساد البيع بشرط باطل لا نطالب الضامن في أصح الوجهين. واعلم أن هذه المسألة ليست من مسائل الإقرار فكان الأولى بالمزني أن يذكرها في كتاب الضمان فكأنه أغفلها في ذلك الكتاب ثم استدركها ها هنا عقيب مسألة ما لو أقر أنه تكفل بشرط الخيار فألحق مسألة الكفالة بمسألة الكفالة.

فرع

لو ضمن الدرك بغير أمر البائع يجوز عندنا وقال [١٤٤/ب] ابن أبي ليلى وزفر: لا

يجوز إلا بأمر البائع لالتزامه حكم عقده. وهذا غلط لأن الضرورة تدعو إلى ضمان الدرك لما بالناس من الحاجة الماسة إلى التوثق في أموالهم وقد لا يوثق بذمة البائع لو هابها فاحتيج إلى التوثق عليه بغيره فجوزناه بكل حالٍ.

فرع آخر

إذا جوزنا ضمان الدرك يجب غرم الثمن عند استحقاق المبيع. وحكي عن شريح القاضي وسوار بن عبد الله وعثمان البتي رحمهم الله أنه يوجب تخليص المبيع للمشتري ما كان موجوداً إلا أن يتلف فيغرم مثله. وإن كان المبيع داراً أو عقاراً.

وقال عبيد الله العنبري: لو كان ضامن الدرك عالماً بالاستحقاق عند ضمانه يلزمه تخليص المبيع، وإن لم يعلم لزمه غرم ثمنه وهذا غلط لأمرين أحدهما أن استحقاق المبيع موجب لفساد العقد وفساده يمنع من استحقاق ما يضمنه وإنما يوجب الرجوع بالمدفوع. والثاني تخليص المستحق غير ممكن عند امتناع المستحق فلم ينصرف الضمان إليه.

فرع آخر

لو ابتاع أرضاً فبنى فيها وغرس أشجاراً ثم استخلت منه قال أهل العراق: للمشتري أن يرجع بقيمتها قائمة على البائع ثم يكون المستحق مخيراً بين أخذها من البائع بقيمتها مقلوعة وبين إجباره على قلعها. وقال أهل المدينة: إن كان المشتري جاهلاً بالغصب عند غرسها وبنائه كان المستحق مخيراً بين أن يعطيه قيمة ذلك قائماً، أو يقره ويكون شريكاً له بالغرس والبناء، وإن كان عالماً أخذ بالقلع ولا شيء له على البائع في الحالين، وقال الشافعي: المشتري مأخوذ بقلع غرسه عالماً كان أو جاهلاً وغرم ما نقص من قيمة الأرض بقلعه عالماً كان أو جاهلاً، ثم إن كان جاهلاً له أن يرجع على البائع بما بين قيمة غرسه وبنائه قائماً ومقلوعاً وبما غرم من نقص [١٤٥/أ] الأرض بالقلع لأنه قد ألجأه بالغرم إلى التزام ذلك ولا رجوع له بشيء منه إن كان عالماً وهذا أصح المذهب اطراداً وأقواها حجاجاً ثم لا رجوع للمشتري بشيء من ذلك على ضامن الدرك بحالٍ لأنه رجوع بغرم وجب بالغرور وليس بثمن مستحق بالعقد.

فرع آخر

لو قال: لفلان في هذه الدار حق ثم فسره بأنه باب، أو جذع، أو قماش وسكن سنة يقبل. وقال أبو حنيفة: لا يقبل حتى يبين حقاً في التربة كما لو قال: في هذه الدار سهم. وهذا غلط للفرق الظاهر وهو أن السهم شائع والحق متميز.

فرع آخر

لو قال: لفلان عليّ ألف درهم إلا مائة قضيته إياه يكون استثناءً صحيحاً يرجع إلى المقضي دون القضاء ويصير مقراً بتسعمائة قد ادعى قضاءها، وقال أبو حنيفة: يكون مقراً بألفٍ مدعياً لقضاء مائة فيلزمه الألف ولا تقبل منه دعوى القضاء فجعل الاستثناء متوجهاً إلى القضاء دون المقضي.

مسألة: قال: ولو أقرَ أعجمي بعجميةٍ كانَ الإقرارُ بالعربيةِ[1].

وهذا كما قال: الإقرار يصح بالعجمية كما يصح بالعربية، لأن العجمية لغة كالعربية، ولأن هذه الألفاظ عبارة عما في النفس إنما يدل عليه بحسب المواضعة، فإذا كان اللفظ موضوعاً لشيء دل عليه. فإذا ثبت هذا فلو أقر أعجمي بالعربية أو عربي بالعجمية فإن اعترف أنه عالم بما أقر به لزمه. وإن قال: ما علمت معناه فإن صدقه المقر له لا يلزمه شيء. وإن كذبه فالقول قول المقر مع يمينه لأن الظاهر من حال الأعجمي أن لا يعرف العربية ومن حال العربي أن لا يعرف العجمية.

مسألة: قال: ولو شهدوا على إقرارهِ ولمْ يقولوا: صحيحُ العقلِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا شهد شاهدان على إقرار رجل بمال ولم يقولا: إنه كان حين أقر به عاقلاً بالغاً غير محجور صحت شهادتهما لأن الظاهر من حال [١٤٥/ب] الشاهد أنه لا يحمل الإقرار ممن لا يصح إقراره من صبي أو مجنون أو محجور عليه، وإن تحمله فلا يشهد به عليه وهذا مثل ما يقول: إذا شهد على رجل أنه باع هذه الدار من فلان وقبض الثمن حكم بالبيع، وإن لم يقولا: إنه باع بثمن مباح معلوم غير مجهول لأن الظاهر من حال الشاهد أنه لا يشهد بذلك إلا وقد علم أنه باع بثمن مباح معلوم وأن البيع وقع صحيحاً وأن تسليم الدار عليه واجب وكذلك في الإقرار. ولو قالا: وهو صحيح العقل كان تأكيداً أو يكتب في الوثائق ذلك للتأكيد والاحتياط.

وقال ابن أبي ليلى: لا يحكم الحاكم بشهادتهما لاحتمال أن يكون مجنوناً أو مكرهاً حتى يصرحا بما يزيل الاحتمال. وهذا غلط لأن الحكم يتعلق بالأغلب من الأحوال والأغلب من الأحوال الصحة والسلامة. فإذا تقرر هذا فلو ادعى المشهود عليه الجنون عند

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٧/ ٨٤).

الإشهاد عليه لم يقبل دعواه إلا أن يُعرف له جنون سابق، أو كان يجن ويفيق فالقول قوله.

وقال في «التقريب»: في الحرية جوابان **أحدهما**: الأصل الحرية، **والثاني**: لا يجوز حتى يشهد بالحرية يوم أقره ويخرج أمر العقل على هذين الجوابين. وهكذا لو شهدا على أمرٍ يتعلق جوازه بصحة بدن المقر لم يجز حتى يقولا: كان يومئذ صحيح البدن والعقل وكذلك طواعية المقر على هذا الخلاف لأن الأصل أن لا إكراه حتى يحدث ولهذا كانت الشهادة على الإكراه أولى من الشهادة على الطواعية، لأنها بالإكراه أثبتت معنىً يجوز إخفاؤه على الطواعية.

وقال في «الحاوي»: قال أبو حامد: إذا ادعى الإكراه يقبل منه بخلاف الجنون والفرق أن أحكام المكره مختلف فيها وأحكام المجنون متفق عليها وهذا غلط لأن ما احتملته الشهادة من معاني الرد فهو مانع من قبولها كالجهالة بالعدالة وفي إنفاذ الحكم بها مانع من احتمال الإكراه كما في إنفاذه مانع من احتمال الجنون، ولو فرق بينهما بأن فقد العقل أظهر لكان أعذر وإن لم يكن في الحالين عذر. [١٤٦/أ]

فرع

لو ادعى رجل على رجل ألفاً وأقام به بينة فقال المدعى عليه: صدقت قد قبضته لا يقبل قولاً واحداً، وكذلك إذا قال: صدقت هو عليّ إلى سنة كما لو قال: صدقت هو عليّ إلا خمسين لا يقبل.

فرع آخر

لو قال: له عليّ في هذه السلعة ألف درهم، قال ابن أبي أحمد: سئل عن قوله كما لو قال: له في هذه السلعة ألف درهم وقد ذكرنا ذلك. وقال القفال: هذا غلط ولا يختلف المذهب في هذا اللفظ أن عليه ألفاً في ذمته سواء كانت السلعة تساوي ألفاً أو أقل أو أكثر وأخطأ في النقل عن الشافعي، وإنما قال الشافعي ذلك إذا لم يقل عليّ.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: كل من أقر بشيء ثم رجع لم يقبل رجوعه إلا في حدود الله تعالى مثل حد الزنى والشرب ونحوه، وقال أبو ثور: لا يقبل رجوعه. وهذا غلط لأن ماعزاً لما أقر بالزنا أعرض عنه رسول الله ﷺ «أربع مرات حتى يرجع»[1]. وروي أنه ﷺ أتي

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (١٦٩٢) والترمذي في الحدود عن =

بلص قد اعترف فقال: «ما أخالك سرقت» فقال له: «مرتين وثلاثاً ثم أمر بقطعه فعرض للرجوع»[1]. ولو أقر بسرقةٍ توجب القطع ثم رجع لا يقبل في المال رجوعه قولاً واحداً. وهل يقبل رجوعه في القطع؟ قال القفال: فيه قولان **أحدهما**: يقبل فيبعض إقراره فيغرم ولا يقطع، **والثاني**: لا يقبل فيقطع ولا يبعض إقراره وهما كالقولين في العبد إذا أقر بالسرقة يقطع وهل يغرم في رقبته؟ قولان والنكتة الجامعة بين المسألتين أن الحكمين إذا تعلق أحدهما بالآخر فثبت أحدهما «يستتبع» الآخر قولان. وأمّا قاطع الطريق إذا قتل هل للآدمي حق في قتله؟ قولان **أحدهما**: للآدمي فيه حق فعلى هذا يعتبر في وجوب القتل به التكافؤ. **والثاني**: أنه لا حق للآدمي فيه ويقتل حداً فلا يعتبر فيه التكافؤ، وعلى هذا إذا مات القاتل في قطع الطريق هل لولي المقتول في تركته الدية؟ فوجهان. وعلى هذا لو أقر بالقتل في قطع [١٤٦/ب] الطريق ثم رجع فإن قلنا: لا حق للآدمي فيه يسقط برجوعه وإن قلنا: فيه حق للآدمي فحق الآدمي لا يسقط برجوعه، وهل يسقط حق الله تعالى؟ وجهان أحدهما لا يسقط حتى إن عفا الولي يتحتم قتله. والثاني يسقط حتى لو عفا الولي لم يجب قتله.

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: كل سكران يصح إقراره إلا اثنين أحدهما أن يكون قد أكره على شرب الخمر قاله نصاً. والثاني أن يشرب وعنده أن الشراب غير مسكر فسكر. قال القفال: أما الأول فكما قال، وأما الثاني نص الشافعي على أنه لو شرب شراباً وعنده أنه غير مسكر فإذا هو مسكر يلزمه إعادة الصلاة.

قال أصحابنا: أراد أنه إذا علم أن الشراب في جنسه مسكر إلا أنه تناول منه قدراً يسيراً كان عنده أنه لا يسكر فأسكره فها هنا تلزمه إعادة الصلاة ويصح إقراره أيضاً، فأما إذا كان عنده أن ذلك الشراب غير مسكر لا قليله ولا كثيره فشرب منه فأسكره فلا تلزمه إعادة الصلاة، ولا يصح إقراره وهو مسألة ابن أبي أحمد. وقال القفال: في هذا الموضع اختياري في السكران أنه كالصاحي في جميع الأحكام فأوقع طلاقه وأصحح بيعه ونكاحه لأنه لا خلاف أنه لو قتل في حال السكر لم يجعل خطأ وأنه يقتص منه وإذا قذف يحد.

وقال أبو عبد الله الفارسي «الختن» في شرح «التلخيص»: يجوز إقراره ولا يجوز بيعه

= رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التلقين في الحد (١٤٢٧) وأبو داود في الحدود، باب رجم ماعز بن مالك (٤٤٢٢).

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٢٠٠٢).

لأن المقصود معاقبته وزجره عن العود إلى سكره كما عوقب بقضاء الصلاة وحد الشرب والبيع أحد طرفيه له فلا يصح. قال: ولو لزمه حد الله تعالى بإقراره ورجع في حال سكره لا يقبل رجوعه لأنه له ولكن يُتأنى به حتى يصح رجوعه بعد إفاقته، وإذا ارتد صحت ردته حتى لو قتله قاتل في حال سكره يهدر دمه ولكن يترك قتله إلى أن يستتاب بعد الإفاقة.

فرع آخر

لو باع إنسان شيئاً فادعى المشتري أنه صغير لا يصح [١٤٧/أ] بيعه لا يُحلف لأن المدعي يقر بأنه لا يستحق عليه اليمين لصغره. فإن ادعى ذلك بعد بلوغه وأنه كان في حال البيع صغيراً حلف.

فرع آخر

لفظ الترك صريح في الإبراء قاله بالفارسية أو العربية ذكره أصحابنا.

فرع آخر

أقر بالجارية لآخر وأخبر أنها له منذ سنة ولها ولد حادث في أثناء السنة هل عليه تسليم الولد؟ وجهان **أحدهما**: يلزم وهو الأظهر لأنه حدث في الزمان الذي كانت الجارية فيه ملكاً للمقر له. **والثاني**: لا يلزم لاحتمال أن تكون الجارية للمقر له والولد للمقر بطريق الوصية. وهذا لا يصح لأنه لو أقر بجاريةٍ حامل يلزمه تسليم الحمل معها والاحتمال لاستثناء الولد بالوصية قائم.

فرع آخر

لو قال: هذه الشاة لفلان ثم قال: حملها لفلان يحكم بها للأول لأنه دخل الحمل في الإقرار الأول ثم رجع إلى الثاني. ولو قال: حملها لفلان والشاة لفلان آخر لزمه الإقرار كما قال. والله أعلم.

وهذا آخر المجلدة الثامنة من بحر المذهب بخط المصنف رحمه الله وكان قد فرغ من إتمامها ليلة الثلاثاء السادس والعشرين من شوال من شهور سنة سبع وسبعين وأربعمائة.

والحمد لله رب العالمين وصلاته على محمد خير خلقه والله الناصر كذا وجدته في النسخة المنقولة من خط المصنف رحمه الله. [١٤٧/ب]

بسم الله الرحمن الرحيم ناصر كل صابر حسبي ربي وحده توكلت على الله وحده لا حول ولا قوة إلا بالله.

باب إقرار الوارث

بالوارث قال الشافعي رحمة الله عليه: الذي أحفظ من قول المدنيين فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بأخٍ.

الفصل

وهذا كما قال: اعلم أنه إذا قال الرجل: هذا ابني نُظر فإن كان صغيراً لم يلحقه إلا بثلاثة شروط.

أحدها: د أن يكون مجهول النسب فإنه إذا كان معروف النسب لم يصح إقراره.

والثاني: أن يمكن أن يكون منه بأن يكون سنه يحتمل أن يكون ولده.

والثالث: ألا ينازعه فيه منازع، فإذا وجدت هذه الشرائط ثبت نسبه. فإن بلغ الصغير بعد أن ألحقناه به وأنكر أن يكون ابنه لم يلتفت إلى إنكاره وجرى ذلك مجرى ملك عبدٍ صغيرٍ في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد الملك لا تسمع دعواه، ولكن له طلب يمينه على ذلك. وإن كان المقر به بالغاً عاقلاً يعتبر ما ذكرنا من الشرائط ويعتبر شرط آخر وهو أن يقبل المقر به ذلك منه إن أنكر ذلك لم يثبت نسبه. والحكم في الابن المجنون الكبير كالحكم في الصبي سواء. وعلى هذا لو أقر بأنه أبوه يكون كإقراره بابن كبير ويعتبر فيه ما ذكرنا من الشرائط. وإن كان الأب مجنوناً فلا يثبت النسب بإقرار الابن ويحتاج إلى بينةٍ حتى تسمع دعواه ويحتاج الابن إلى أن يكون من أهل الدعوى بالبلوغ والعقل هكذا ذكر في «الحاوي» ولا أدري الفرق بين الأب المجنون والابن المجنون. ويمكن أن يقال: الابن بعد الجنون يعود إلى ما كان في حال صباه ولا يمكن أن يقال مثله في الأب والله أعلم. وكل موضعٍ ألحقنا به فلا فصل بين أن يكون للمقر به وارث سوى بالمقر أو لم يكن، ولا فصل بين أن يقر مسلم بمشرك، أو مشرك بمسلم، أو حر بعبد، أو عبد بحر، الباب واحد.

وأما إذا مات الرجل يلحق النسب به [١٤٨/أ] بأحد أمرين ببينة تقوم عليه أو إقرار الوارث عليه به وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يثبت إلا أن يكونوا عدد الشهود من رجلين أو رجل وامرأتين. وقال مالك: يثبت النسب بإقرار الوارث أصلاً وإن كانوا جماعة ولكن يستحق به الميراث.

واحتج الشافعي في هذا بحديث رسول الله ﷺ في ابن وليدة زمعة وتمام الحديث ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «اختصم عند رسول الله ﷺ سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة وقال سعد: يا رسول الله إن أخي عتبة أوصاني فقال: إذا قدمت مكة فانظر

ابن أمة زمعة فأقبضه فإنه ابني، وقال عبد بن زمعة: يا رسول الله هو أخي وابن أمة أبي ولد على فراش أبي، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر»[١]. وروي أنه قال: «هو لك هو أخوك يا عبد بن زمعة من أجل أنه ولد على فراشه»[٢] يعني فراش أبيه. فإن قال قائل: كانت سورة بنت زمعة أخت عبد بن زمعة وليس في الخبر أنها اعترفت بالنسب فكيف ثبت النسب؟

قلنا: يحتمل أنها اعترفت أيضاً ولم ينقل خلافه. وأيضاً روي أن زمعة مات كافراً وابنه عبد بن زمعة يومئذ كافر وسورة كانت مسلمة فكان الابن مستغرقاً جميع ميراثه فثبت نسبه بإقراره وحده، فإن قيل: روي أنه ﷺ قال لسودة: «احتجبي منه لا يراك فضلاً»[٣]. وروي أنه قال: «احتجبي منه فإنه ليس لك بأخ»[٤] قلنا: إنما قال لها ذلك لأنه رأى على الغلام شبهاً بيناً بعتبة فاحتاط لها فما رآها الغلام قط. وأما قوله: «فإنه ليس لك بأخ» لم يثبت، فإن ثبت فمعناه ليس بأخ لك شبهاً، وإن كان أخاً لها بحكم الفراش. فإذا تقرر هذا فإنما يثبت النسب بإقرار الوارث إذا كان يحوز جميع الميراث. فإن كان لا يحوزه لم يثبت نسبه ولا فرق بين أن يكون الإنكار من الأكثرين أو من [١٤٨/ب] واحد من جملتهم فلو خلَّف ابنةً واحدةً وخمسين ابناً فأقر به البنون دون البنت لم يثبت نسبه، ولكن الشافعي فرضها إذا خلَّف ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث فقال: هذا أخي ابن أبي، أو قال: هذا ولد على فراش أبي لن يثبت نسبه ولم يشاركه فيما في يده من الميراث في الحكم قولاً واحداً وبه قال ابن سيرين. وقال مالك وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد وعبيد الله العنبري: لا يثبت النسب ولكن يثبت الميراث. ثم اختلفوا فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد وعثمان البتي: يأخذ ثلث ما في يده كأنهم ثلاثة، وقال أبو حنيفة: يأخذ نصف ما في يده كأنهما اثنان. وهذا غلط لأنه أقر بنسبٍ لم يثبت فلا يثبت له الإرث كما لو أقر بمعروف النسب.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب تفسير المشبهات (٢٠٥٣) ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (١٤٥٧) والنسائي في الطلاق، باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش (٣٤٨٤).

(٢) أخرجه البخاري في المغازي، باب وقال الليث حدثني يونس عن ابن شهاب (٤٣٠٣).

(٣) لم أجده.

(٤) أخرجه النسائي في الطلاق، باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش (٣٤٨٥) وأحمد في «مسنده» (٢٧٧١٣).

فرع

إذا علم أنه أخوه وأن المنكر يظلمه في الإنكار هل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إليه من سهمه الذي ورثه قدر حقه منه أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يلزمه لأنا حكمنا بإبطال النسب الذي هو سبب استحقاقه، **والثاني**: وهو المذهب الصحيح يلزمه لأن بطلان النسب في ظاهر الحكم دون باطنه ونحن نلزمه في باطن الحكم دون ظاهره، ولو عاد هذا المنكر وأقر به ثبت نسبه وورث مما في يدهما فإصراره على الإنكار لا يبطل حقه مما في يده.

فرع آخر

إذا قلنا بالمذهب الصحيح ففيما يستحقه عليه وجهان:

أحدهما: يلزمه دفع الفاضل من سهمهما إذا اشتركوا وهو السدس الزائد على الثلث كما قال مالك لأنه يقول: نحن ثلاثة أخوة لكل واحدٍ منا ثلث التركة وفي يدي نصفها فلك ثلث ما في يدي، وثلث ما في يد أخي وقد غصبك على ذلك، ولهذا لو قامت البينة به استحق الثلث من يد كل واحدٍ منهما وهذا اختيار القاضي الطبري رحمه الله.

والثاني: يلزمه دفع نصف ما في يده إليه لأنه مقر أنه وإياه في مال أبيه سواء ولأنه يقول: قد غصبنا أخي على [١٤٩/أ] نصف التركة وهذا بيناه. قال أبو حامد: وأصل الوجهين القولان فيما إذا أقر أحد الابنين بدين على أبيه وأنكره الآخر هل يلزمه الدين في كل ما في يده أم بقدر حصته؟ فيه قولان. وقال في «الحاوي»: فيه وجه ثالث يلزمه دفع ثلث ما في يده ويضمن له سدس ما في يد أخيه إلا أن يكون قاسمه بحكم حاكم فلا يضمن مما في يد أخيه شيئاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أقر أحد الابنين بابن وأنكره الآخر هل يثبت الإرث به؟ قولان **أحدهما**: يثبت كما قال أبو حنيفة. وعلى هذا كيف يثبت؟ قولان على ما ذكرنا وهذا غلط عندي.

فرع آخر

الأولى للأب والابن في ادعاء النسب أن يقول الابن المدعي لمن ادعاه: أنا ابنك، ويقول الأب لمن ادعاه ابناً: أنت ابني لأن النسب يرجع إلى الأب فأضيف الدعوى فيه إليه ولو قال الابن: أنت أبي، أو قال الأب: أنا أبوك صحت الدعوى حكماً وإن فسدت اختباراً.

فرع آخر

إذا صحت الدعوى من الابن فأنكر الأب يلزمه اليمين فإن حلف انتفى. ثم ليس لأحد من عصبات الأب أن يقر بنسبه سواء كان الأب حياً أو ميتاً لبطلان النسب بيمين الأب هكذا ذكر في «الحاوي» وهو الصحيح عندي. وذكر أبو حامد وجماعة أنه إذا أقر به وارثه بعده ثبت نسبه وورث وإن كان الأب نفاه باللعان وهو القياس.

فرع آخر

لو أقر الأب ببنوته ولحق به وصار ولداً صحيحاً فعاد بعد إقراره فأنكره وتابعه الابن على الإنكار وصدقه فإن كان الفراش معروفاً لم ينتف نسبه، وإن كان الفراش مجهولاً ففي رفعه باجتماعهما على نفيه وجهان: **أحدهما**: قاله أبو علي الطبري وغيره: ينتفي وترتفع الأبوة وعلى هذا قال الضميري: لو بلغ فقال: أنا ابن فلان دونه سمع منه، وقال أبو حامد وجماعة: لا يرتفع كما لا يجوز رفع ما ثبت بالفراش المعروف وإن اجتمعا على نفيه.

فرع آخر

لو ادعى الأب ولداً بعد موته وهو صغير لحق به [١٤٩/ب] وورثه، وقال أبو حنيفة: إن كان الولد موسراً لم يلحق به لأنه متهم في ادعائه لإرثه. وهذا غلط لأنه لو أقر الزمن الفقير بابن صغير موسر لحق به مع التهمة كذلك ها هنا، وهذا المعنى وهو أنه وجد الإمكان وعُدم المنازع.

فرع آخر

لو مات رجل كبير مجهول وترك مالاً فقال رجل: هذا ابني أو أبي لم يثبت النسب ولم يرثه والفرق بين هذا وبين الصغير الميت أن الصغير لو كان حياً لم يعتبر تصديقه، والكبير لو كان حياً اعتبر تصديقه، فإذا كان ميتاً لم يثبت نسبه إلا ببينة. ومن أصحابنا من قال: فيه وجه آخر يثبت نسبه والميراث لأنه إنما يعتبر تصديقه إذا كان من أهله والميت ليس من أهله فصار كالبالغ المجنون وهذا اختيار جماعة من أصحابنا، قال أبو حامد: وهذا هو المذهب والصحيح ما تقدم وهو اختيار القاضي الطبري.

فرع آخر

إذا أقر الورثة بنسبٍ هل يعتبر فيه إقرار الزوج والزوجة؟ وجهان أحدهما وهو اختيار البغداديين: لا يعتبر لأنه لا حق لها في النسب ولأن ميراثهما من طريق المفاوضة وهذا ضعيف.

فرع آخر

هل يراعى فيمن ادعى أنه أخ لأم تصديق الأخ للأب إذا كان وارثاً فيمن ادعى أنه أخ لأب هل يراعى تصديق الأخ للأم إذا كان وارثاً على ما ذكرنا من الوجهين؟ فعلى قول البغداديين يراعى لكونه وارثاً، وعلى قول البصريين لا يراعى لأنه لا نسب بينهما.

فرع آخر

لو قال لامرأته: هي أختي من النسب فكذبته ثبت التحريم. قال ابن أبي هريرة: وكذلك لو كانت معروفة النسب لأنه أقر بتحريم ممكن. ولو قال لامرأته وهي أكبر سناً من أبيه: هي أختي من النسب تحرم عليه لأن هذا الإقرار محال قطعاً ويقيناً فلا يتعلق به حكم، كما لو قال: أرضعتني وإياها حواء امرأة آدم صلى الله عليه وسلم لا يحرمها عليه.

فرع آخر

لو قال أحد الابنين: هذه زوجة أبي وأنكر الآخر اختلف أصحابنا فيه فمنهم [١٥٠/أ] من قال: لا يثبت الميراث لأن الزوجية لا تثبت إلا بإقرارٍ أو بينة كالنسب، ومنهم من قال: يثبت الميراث.

والفرق أن إقراره بالزوجية يتضمن حقاً عليه ولا يتضمن حقاً له لأنه لا يرث من امرأة أبيه فهو بمنزلة إقرار أحد الأخوين بالدين يلزمه لأنه لا حق له في مقابلته وهناك أقر بما يتضمن حقاً له وحقاً عليه، فإذا لم يثبت ماله وهو أن المجهول لو مات ليس له من ميراثه شيء فلا يثبت ما عليه أيضاً كما لو قال: اشتريت من هذا الرجل داراً بألف ولم أقبضها منه، فقال: ما بعت منك شيئاً وأقررت لي بالألف فأؤاخذك بإقرارك، كانت هذه المؤاخذة ظلماً منه كذلك ها هنا. فإذا قلنا بهذا: فيه وجهان **أحدهما**: يأخذ نصف الثمن من حصة المقر وهو المذهب، **والثاني**: يأخذ منه ثمن ما في يده.

فرع آخر

لو كان ثلاثة أخوة فأقر اثنان بأخ آخر وأنكر الثالث فإن كان المقران فاسقين فالحكم على ما ذكرنا، وإن كانا عدلين فشهدا به قبلت شهادتهما ويثبت النسب والميراث، وإن لم يشهدا لم يثبت شيء أصلاً، وقال أبو حنيفة: يثبت النسب والميراث بإقرار اثنين منهم، وكذلك يثبت بإقرار رجل وامرأتين من الورثة لأنهم على عدد الشهود. وربما يعتبرون العدالة فيهم وهذا غلط لأنه إقرار من بعض الورثة فلا يثبت به النسب كما لو أقر به الواحد منهم، والدليل على أنه إقرار أنه لا يعتبر لفظ الشهادة ولا تقدم الدعوى.

فرع آخر

لو مات وترك ابنةً واحدةً وكانت مولاة لأبيها مثل أن يكون اشترته فعتق عليها فأقرت بنسب قبل إقرارها لأنها تحوز جميع الميراث النصف بالبنّوة والنصف الباقي بالولاء.

فرع آخر

لو لم تكن هذه الابنة مولاة لأبيها فأقرت بنسب لا يثبت شيء لأنه ليس لها إلا نصف الميراث والباقي لجماعة المسلمين [١٥٠/ب] وعلى هذا لو كان هناك ابنتان أو أكثر فأقرتا بابنة أخرى، أو بابن آخر لم يثبت شيء لأنهما لا يحوزان كل الميراث.

فرع آخر

لو صدقها الإمام قال أبو حامد وجماعة: ثبت نسبه وورث لأنه ناشب المسلمين فوجد الإقرار بالنسب ممن يحوز كل الميراث، وعلى هذا لو لم يخلف أحداً وارثاً غير المسلمين فأقر السلطان بنسب واحد يثبت أيضاً بإقراره النسب والإرث لأن الإمام نافذ الإقرار في حق بيت المال.

وقال في «الحاوي»: هذا غلط لأن الإمام لم يملك حق ببيت المال حتى ينفذ إقراره ولا يتعين حق المستحقين من المسلمين حتى يراعي إقرارهم فيه فإقراره لغو ولا يثبت النسب ها هنا إلا بالبينة، ثم إقرارها عند البينة لغو وهذا صحيح عندي. وعلى ما ذكرنا لو ترك ابنةً وأختاً من الأب والأم فأقرتا بنسب يثبت النسب والميراث لأن الأخت مع الابنة عصبة تحوزان كل الميراث، وعند أبي حنيفة لا يثبت النسب لأنه ليس ببينة على ما ذكرنا لو أقر بابن ابنة وابنه ميت يثبت النسب والميراث إذا وجدت الشرائط التي ذكرناها في الأخ. وكذلك إذا أقر الابن الواحد بابن آخر للميت يثبت النسب والميراث عندنا وبه قال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة والمشهود عنه أنه لا يثبت به النسب وهذا لأنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين.

فرع آخر

لو لم يخلف إلا مولى فأقر بابن يثبت نسبه لأنه وارث يحوز جميع التركة.

فرع آخر

لو ترك ابنين أحدهما كبير والآخر صغير فأقر الكبير بابن آخر لم يثبت النسب لأن الصغير وارث، فإذا بلغ فإن صدقه ثبت النسب والميراث، وإن كذبه لم يثبت شيء. ولو ترك

ابنين أحدهما عاقل والآخر مجنون فأقر العاقل به لم يثبت النسب لأن المجنون وارث [١٥١/أ] فإن أفاق المجنون وكذبه لم يثبت النسب، وإن صدقه ثبت النسب.

فرع آخر

هل يجب أن يوقف ميراث المقر به من حصة المقر إلى أن يبلغ الصبي أو يعقل المجنون؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يوقف كما لا يوقف من حصة الصغير أو المجنون لأن النسب لم يثبت، **والثاني**: يوقف منه قدر حصته اعتباراً بصحة إقراره ما لم يبطل بإنكار أخيه.

فرع آخر

لو مات هذا الصغير أو المجنون يراعى إقرار وارثه. فإن كان وارثه الأخ ثبت نسب المدعي بالإقرار السابق منه.

فرع آخر

لو ترك ابنين بالغين عاقلين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر قد ذكرنا أنه لا يثبت نسبه. فإن مات المكذب فورثه المصدق ففي ثبوت نسبه وجهان أحدهما أنه يثبت لأن المصدق صار حائزاً للإرث كله وهذا اختيار جماعة من أصحابنا وشبهوه بما لو نفى ولده باللعان ومات فأقر به وارثه لحق به نسبه. والثاني لا يثبت نسبه لأن تكذيب شريكه في الميراث مبطل للدعوى. قال في «الحاوي»: وصار هذا كتكذيب الأب في حياته يكون مبطلاً لنسبه وإن أقر به الوارث بعده وهذا على مبدأ ما ذكره جماعة أصحابنا وهو غريب ولكنه أصح عندي، ويخالف هذا إذا كان أحدهما مجنوناً أو صبياً مات لأن النسب كان موقوفاً على إقرارٍ منتظر فإذا مات قام وارثه مقامه.

فرع آخر

لو ترك ابنين أحدهما كافر والآخر مسلم فإن كان الميت كافراً فالوارث هو الكافر، وإن كان مسلماً فالوارث هو المسلم ويعتبر إقرار الوارث منهما. وكذلك إذا كان أحدهما قاتل أبيه لم يرثه القاتل وكان الاعتبار بإقرار الابن الذي ليس بقاتل ثبت نسبه وإن جحده القاتل.

فرع آخر

إذا وجد الإقرار من الابن الذي ليس بقاتل [١٥١/أ] هل يتوارث المقر به والقاتل؟ فيه

وجهان **أحدهما**: يتوارثان لأن البنوة ثبتت بإقرار الوارث، **والثاني**: لا يتوارثان لأن إقرار الأخ الذي ليس بقاتل لا يقبل على أخيه القاتل فلا تثبت الأخوة بينه وبين القاتل، وإنما يقبل إقراره في حق الأب لأنه وليه ووارثه.

فرع آخر

لو خلَّف ابناً فأقر الابن بابن آخر للميت، ثم أقرا جميعاً بابن آخر ثبت نسب الثالث لاتفاقهما عليه. فإن قال الثالث: هذا الثاني ليس بأخينا لم يثبت نسب الثاني لأن الاتفاق لم يحصل من الابنين جميعاً عليه وإنما أقر أحدهما وثبت نسبه بإقرارهما وهذه المسألة تلقب بأدخلني أخرجك والعامة تستعمل هذا المثل كثيراً. ومن أصحابنا من قال: لا يسقط نسب الثاني لأن نسب الثالث ثبت بإقرار الأول والثاني فلا يجوز أن يسقط نسب الأصل بالفرع.

فرع آخر

لو مات عن ابن فأقر بابن آخر فقال ذاك: أنا ابن الميت ولكنك لست بابنه فالمشهور أنه يثبت نسب المقر به، ويقال للمقر: ثبت نسبك، وفيه وجه آخر أنهما أخوان ويرثان، وهذه المسألة نظير المسألة المتقدمة، وقال القفال رحمه الله: هذا غلط لأن هذا المقر معروف النسب ولولا ذلك لم يقبل إقراره فكيف يكلف إثبات نسبه والذي يحتاج إلى إثبات نسبه بالبينة كيف يقبل إقراره؟

فأقول: في المسألة وجهان **أحدهما**: أنهما يرثان وهما أخوان، **والثاني**: لا يثبت نسب المقر به إذ لا فرق بين أن يكذبه، وبين أن يقول له: لست ممن يصح إقرارك بالنسب.

فرع آخر

لو أقر الابن الوارث بآخرين في وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما، وإن كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب واحدٍ منهما لأنه حصل له إقرار أخ دون أخ، وإن صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب. وقال القفال: إذا صدقاه ولكن كذب كل واحد منهما صاحبه فيه [١٥٢/أ] وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يثبت نسب الكل ويرثون.

فرع آخر

لو أقر الابن الوارث بنسب أحد التوأمين ثبت نسبهما، وإن أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب في نسبهما لأنهما لا يفترقان في النسب.

فرع آخر

لو أقر رجل بعم فإن كان الجد لم يخلف إلا الأب المقر وأبوه لم يخلف إلا أباه ثبت النسب، وإن كان خلّف الجد غير أبيه وأبوه غير هذا المقر لم يثبت، وإن انقرض كلهم ورجعت مواريثهم إلى هذا المقر صح حينئذ إقراره على الصحيح من المذهب.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه إذا أقر بنسب على غيره يقبل وهذا لا يخلو من أربعة أحوال إما أن يقر على أبيه وابنه، أو أخيه، أو جده، وإنما يقبل في الإرث إذا كان ثبوت إرثه لا يؤدي إلى نفيه فإن كان يؤدي إلى نفيه يثبت النسب دون الإرث، وبيان هذا أنه إذا مات رجل وخلف أخاً لا وارث له غيره فأقر هذا الأخ بابن لأخيه الميت قال أكثر أصحابنا: يثبت النسب ولا يرث لأنَّا لو ورثناه يخرج الأخ من أن يكون وارثاً، وإذا لم يكن وارثاً لم يقبل إقراره بالنسب، وإذا لم يقبل إقراره لم يثبت نسب الابن ولا ميراثه فإثبات الميراث له يؤدي إلى نفي نسبه وميراثه فأثبتنا النسب وأسقطنا الميراث، وقال ابن سريج رحمه الله: يحتمل وجهاً آخر أنه يرث ويحجب المقر لأنه لا خلاف بين أصحابنا أنه إذا كان للميت ابن واحد فأقر بأخٍ يثبت الإرث وإن كان بإقرار ويخرج من أن يكون جميع الورثة ولا يصح الإقرار إلا من كلِّ الورثة.

وقال القاضي الطبري رحمه الله: هذا خطأ وهو خلاف الإجماع ولا يشبه المسألة التي ذكرها لأنه إذا كان المقر به كبيراً فقد اتفقا على ذلك، وإن كان صغيراً لم تعتبر موافقته فقد أقر كل من يعتبر إقراره.

ومن أصحابنا من نصر ما قال ابن سريج وقال: الصحيح ما ذكره لأنَّا إذا أثبتنا النسب فالمال مستحق به ولا يجوز إثباته دون المال ولا يجوز توريث الأخ مع [١٥٢/ب] وجود الابن الذي هو من أهل ميراثه والعذر عما ذكره ابن سريج غير صحيح لأنه إذا كان المقر به صغيراً يجب أن لا يثبت إرثه حتى يبلغ فيقر لأنه وإن كان صغيراً فهو وارث، ألا ترى أنه إذا كان الوارث ابنين أحدهما صغيراً أو مجنون فأقر بالبالغ العاقل بأخ آخر لم يقبل ولا يقال: لا يعتبر موافقة الصغير أو المجنون والدليل على صحة هذا أنه لو ثبت له ملك عبدٍ بشهادة شاهدين فقال: هذا العبد لفلان ثبت به ملك فلان، وإن كان بإقراره خرج من أن يكون حين الإقرار مالكاً وإقرار غير المالك يثبت به الملك وإنما يثبت لأنه لولا إقراره لكان محكوماً له بالملك كذلك ها هنا يثبت بإقراره الإرث لأنه لولا إقراره لكان محكوماً له بالإرث فكذلك من ثبتت يده على عين فأقر بها لغيره حكم بها للمقر له، وإن كانت يد من

لا يملك لا حكم لها في الإقرار كذلك ها هنا.

ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه يجوز إثبات النسب دون الإرث لأنه لا يؤدي إثباته إلى نفيه ونفي غيره وإثبات الإرث يؤدي إلى نفيه ونفي غيره وقد يمتنع الإرث بعوارض من القتل والرق واختلاف الدينين وهذا عارض آخر يمنع الإرث مع ثبوت النسب.

ونظير هذه المسألة مسائل كثيرة نذكر بعضها ها هنا وهي إذا أعتق رجل عبدين، ثم ادعى مدعٍ على مولاهما أن العبدين ملكه وأن مولاهما كان غصبه عليهما أو أعتق غير ملكه وشهد للمدعي هذان المعتقان وهما عدلان لا تقبل شهادتهما لأنها لو قبلت سقطت وسقطت الحرية فأثبتنا الحرية وأسقطنا الشهادة. وكذلك لو أعتق عبدين في مرضه أو أوصى بعتقهما فأعتقا بعد وفاته فجاء رجل وادعى على الميت ديناً يستغرق التركة وشهد له المعتقان بذلك لم تقبل شهادتهما لأنها تجر إلى سقوطها وسقوط حريتهما، فحفظنا الحرية وأسقطنا الشهادة. [١٥٣/أ] وكذلك لو أعتق موسر جاريةً له في مرضه وتزوج بها ثم مات لم ترثه، لأنها لو ورثت كانت أحد الورثة وكان عتقها وصية لها ولا وصية للوارث وليس على أصلنا امرأة لا ترث زوجها مع اتفاق الدين والسلامة من القتل والرق إلا هذه. وكذلك لو أوصى المريض بابنه فقبله ومات عتق ولم يرث لمثل هذه العلة.

فرع آخر

لو ترك الميت أخاً فادعى مدَّعٍ أنه ابن الميت وأنكره الأخ ونكل عن اليمين فردت اليمين على المدعي فحلف ثبت نسبه. وفي ميراثه قولان مبنيان على أن يمينه بعد نكوله هل تجري مجرى البينة أم الإقرار؟ فإن قلنا: تجري مجرى الإقرار لا ميراث وإن ثبت نسبه كما لو أقر بنسبه لما في توريثه من حجبه. وإن قلنا: تجري مجرى البينة يرث الابن كما لو قامت بينة نسبه.

فرع آخر

لو خلَّف زوجةً وأخاً فأقرت الزوجة بابن للميت وأنكره الأخ لم يثبت النسب ولكن المشاركة في المال تثبت فيما بينها وبين الله تعالى على أحد الوجهين فإن كانت التركة في يدها أخذ الأخ منها ثلاثة أرباعها ويترك في يدها الربع ثم يجب عليها أن تدفع الثمن إلى المقر به، ولو كانت التركة في يد الأخ أخذت الثمن دون الزيادة لأنها لا تدعي سواه هكذا ذكره أصحابنا. وقيل: لها أخذ الربع منه لأنه لا يلزمها ذلك في الحكم، ثم إذا أخذت الربع تأخذ الثمن وتدفع الثمن الآخر إلى المقر به.

فرع آخر

إذا أقر ببنوة صبي لم يكن ذلك إقراراً بزوجية أمه وقال أبو حنيفة: إن كانت مشهورة بالحرية كان ذلك إقراراً بزوجيتها لأن أنساب المسلمين تحمل على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح. وهذا لا يصح لأنه أقر بولدٍ فلا يكون إقراراً بزوجية أمه كما لو لم تكن معروفة الحرية وما ذكره لا يصح لأنَّا نحمله على الصحة ونثبت النسب من الوطئ في النكاح الفاسد والشبهة [١٥٣/ب] فلا ضرورة إلى إثبات النكاح الصحيح.

فرع آخر

لو مات رجل عن ابن لا وارث له غيره، وخلَّف عبداً يساوي ألفاً لا مال له سواه فقال له رجل: أوصى لي أبوك بثلث تركته فلم يجبه حتى قال آخر: لي على أبيك ألف فصدَّقهما هذا ولا بينة لواحد منهما كان لمدعي الوصية ربع العبد، ولمدعي الدين ثلاثة أرباعه يباع في دينه لأنهما لما استويا في التصديق لهما بكلمة واحدة صار العبد مقسوماً على عبدٍ وثلاثٍ وذلك أربعة أسهم سهم للوصية وثلاثة أسهم للدين، ولو كان صدق مدعي الدين قبل مدعي الوصية صار العبد مستحقاً في الدين وبطلت الوصية، ولو صدَّق مدعي الوصية قبل مدعي الدين كان لصاحب الوصية ثلث العبد ولصاحب الدين ثلثاه يباع في دينه ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو قال العبد: أعتقني أبوك في صحته، وقال رجل: لي على أبيك ألف وقيمة العبد ألف ولا مال له سواه فصدقهما معاً صار نصف العبد حراً، ونصفه لصاحب الدين يباع في دينه. ولو كان سبق إقراره للعبد صار جميعه حراً ولا شيء لصاحب الدين. ولو سبق إقراره لصاحب الدين صار له جميعه ولم يعتق شيء منه.

فرع آخر

إذا قال: نصف فلان ابني أو أخي هل يكون إقراراً بالنسب؟ قال والدي رحمه الله: يحتمل وجهين.

فرع آخر

لو قال: فلان أخي ثم قال: أردت به الأخوة من الرضاع قال والدي رحمه الله: يجب أن لا يقبل لأن اللفظ وإن كان محتملاً فالأظهر من محتمليه الأخوة من جهة النسب

ولهذا لو قال: أردت به أخوة الإسلام لم يقبل وإن كان الله تعالى قد قال: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠].

فرع آخر

لو ادعى زوجية صغيرة في يده قال ابن الحداد: يقبل، وقال غيره: لا يقبل بخلاف الرق والنسب والفرق أنه هناك يدعي ملك رقبة [١٥٤/أ] ويده عليها ثابتة، وها هنا يدعي منفعة البضع ولا تثبت اليد عليها.

فرع آخر

لو قال لعبده وهو أكبر سناً منه: أنت ابني لا يقبل ولا تقع الحرية به، وقال أبو حنيفة: يعتق. ولو كان العبد صغيراً ولكنه معروف النسب من غيره فقال: أنت ابني هل يعتق؟ وجهان لأنه يحتمل أن يكون ابنه.

مسألة[1]: قال: وقال فِي المرأةِ تقدمُ من أرضِ الروم ومعهَا ولدٌ فيدعيهِ رجلٌ بأرضِ الإسلامِ أنهَ ابنهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قدمت المرأة من أرض الروم ومعها صبي فادعى رجل بأرض الإسلام وقال: إنه ابني وكان الصبي مجهول النسب ثبت نسبه منه لأن ذلك ممكن بأن يكون خرج إلى بلد الروم، أو جاءت المرأة إلى بلد الإسلام وهذا كما نقول: لو تزوج بامرأة وغاب عنها أو لم يغب فأتت بولدٍ قبل أن تزف إليه لستة أشهر بعد العقد يلحقه الولد لإمكان اجتماعهما، ولو تزوجها بها بحضرة الحاكم وطلقها في الحال ثلاثاً ثم أتت بولد لستة أشهر بعد العقد يلحقه الولد لإمكان اجتماعهما من حين العقد لم يلحق به لأن الوطئ بعد العقد غير ممكن ها هنا.

وقال أبو حنيفة: يلحق به لوجود العقد وهذا خطأ ظاهر لأنه منفي عنه قطعاً ويقيناً فيستحيل الحكم بثبوت نسبه، فإن قال قائل: عند الشافعي لا يثبت النسب في موضع من المواضع إلا باحتمال وجود الوطئ فكيف أثبت النسب ها هنا مع قوله لا يعرف أنه خرج إلى أرض الروم؟

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٧/ ١٠٤).

قلنا: لم يُرد الشافعي به أن هذا الرجل لم يدخل الروم قط، ألا ترى أنه لم يقل يعرف أنه لم يخرج إلى أرض الروم بل قال: لم يكن يعرف أنه خرج أي: ولم يعرف أنه لم يخرج والاحتمالان موجودان وهذا من الإمكان وهو كالاحتمالين فيما ذكرنا إذا تزوج بامرأةٍ وغاب عنها، أو لم يغب ولم يُعرف الزفاف. ولو تيقنا أنه لم يصل إلى تلك [١٥٤/ب] البلد بأن شاهدناه طول عمره لم يغب عنا أو غاب عشرة أيام لا يتأتى في مثلها الخروج إلى تلك البلدة بحالٍ وثبت أن المرأة لم تخرج أيضاً من تلك البلدة إلى الآن لم يثبت النسب هكذا ذكر جماعة أصحابنا وهو الصحيح. وقال أبو حامد: ويمكن أنه بعث بمائِهِ إليها فاستدخلته وعلقت منه فيثبت النسب به أيضاً قال: ولا اعتبار بما يقول الأطباء أن الماء إذا برد لا يخلق منه الولد لأن هذا مظنون والبيض يبرد ويخلق من الفرخ والنسب يلحق بأدنى الإمكان. وهذا غير صحيح وقد قال صاحب «الحاوي»: ما ذكره تعليل قبيح ومذهب شنيع لأنه وطئ وإحبال بالمراسلة ثم حيث حصل الإمكان لو قالت المرأة: ليست بولدك لا يلتفت إلى قولها لأن النسب حق الولد وقد أقر به الزوج.

فرع

لو بلغ هذا الابن وأنكر الأبوة قد ذكرنا أنه لا يسمع قوله وقال القفال: إنما لا يسمع قوله إذا شاهدنا فراشاً وولادة على فراشه، فأما إذا لم نشاهد ذلك كما في هذه الصورة فيه قولان: والأقيس أنه يسمع قوله والقول قوله أنه ليس بابن له، والقول الثاني: أنه لا يسمع قوله لأن فيه نقض الحكم السابق. قال: وكذلك الحكم في الرق إذا قال: هذا الصغير عبدي فبلغ العبد وأنكر هل يقبل إنكاره؟

قولان والأصح أنه يقبل وأصل المقولين أن اللقيط في دار الإسلام إذا حكم بإسلامه بظاهر الدار فبلغ وامتنع من الإسلام هل يجعل مرتداً يقتل؟ فيه قولان وهذا غريب والمشهور ما سبق.

مسألة: قال: وإذا كانتْ أمتانِ لا زوجَ لواحدةٍ منهما.

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يكون لرجل أمتان فولدتا ولدين فأقر السيد بأحدهما لا بعينه يلحقه في الجملة ويعتبر فيه شرطان:

أحدهما: أن لا يكون لهما زوج فإنه إن كان لكل واحدةٍ منهما زوج يلحق الولد بالزوج عند الإمكان دون السيد.

والثاني: [١٥٥/أ] أن لا يكون أقر بوطئهما ولا بوطئ واحدةٍ منهما فإنه إذا أقر بوطئ أمته تصير فراشاً له عندنا ويلحقه ولدها بالإمكان من غير إقرارٍ بالولد. ثم إذا وُجد الشرطان وأقر على ما ذكرنا لحقه نسب واحدٍ منهما لا بعينه ونرجع إلى بيانه فنقول له: عين الذي هو ابنك فإن عينه كان حراً وقلنا له: كيف استولدتها؟ فإن قال: استولدتها في ملكي فقد أقر بأن الولد حر الأصل وأنه لا ولاء عليه وأن الجارية أم ولده تعتق بموته، وإن قال: استولدتها بوطئ شبهةٍ فالولد حر الأصل وهل تصير أم ولده؟ قولان. وإن قال: استولدتها في نكاحٍ فقد أقر بأن الولد قد مسه الرق وأنه عتق عليه وله ولاؤه وأن الجارية ليست بأم ولده. وإن ادعت الأخرى أن المستولدة هي فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقطت دعواها ورقت ورق ولدها. وإن مات قبل أن يُعيّن وخلّف وارثاً رجعنا إلى تعيينه، فإن عينه كان بمنزلة تعيين المورث ونسأله كيف استولدها في ملك اليمين أو في وطئ الشبهة أو في النكاح على ما بيناه، فإذا أقر به عملنا عليه. وإن قال الوارث: لا أعلم كيف استولدها؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: ظاهر ما قال الشافعي ها هنا أنه يحمل على أنه استولدها في ملك اليمين ويحكم لها بالحرية لأنه أقر بولدها وهي في ملكه، وقال أبو إسحاق وجماعة: وهو الأصح قياساً لا يحكم لها بالحرية وهي رقيقة لأن الأصل الرق، ويحتمل أن يكون الاستيلاد في النكاح فلا نوقع العتق بالشك. وإن قال الوارث: لا أعلم أيهما ابنه فالقول قوله مع يمينه إذا ادعى عليه أنه يعلم. ثم قال الشافعي: أرى القافة لأنه لا فرق بين أن يتردد الولد بين والدين وبين أن يتردد فلا يدري أيهما ولده. فإن قيل: إذا كان [١٥٥/ب] المقر ميتاً كيف يرى القافة؟

قلنا: يجوز أن يكون القائف واتى المقر في حياته أو قبل دفنه وإن لم يكن شاهده قط نظر إليهما وإلى عصبة المقر الميت مثل أبيه وأخوته وأعمامه فيجد فيهم الشبه ثم الاحتياط للحاكم إذا رجع إلى القافة أن يستحضر جماعة منهم ولهذا ذكرهم الشافعي بلفظ الجماعة ولو اقتصر على واحدٍ منهم ففيه خلاف بين أصحابنا والمشهور جوازه لأن القائف يعتمد الاجتهاد وإلحاق الشبه بالأصل فصار كالحاكم. ثم إذا ألحق القائف به أحدهما ورثناه منه لأن النسب إذا ثبت استند ثبوته إلى حالة الحيرة، ثم إذا جعلنا الولد ولده جعلناها أم ولده وعتقت عليه على ما قال الشافعي، وصور الشافعي إذا كانت الولادة في ملكه لأنه قال: وإذا كانت أمتان لا زوج لواحدةٍ منهما فولدتا ولدين فنفى عنهما الزوج ثم أثبت الولادة في الملك بحرف التعقيب وهو قوله: فولدتا ولدين. ثم الولد الثاني الذي لم يلحقه القافة به رقيق موروث وأمه رقيقة. وإن أشكل على القافة أو لم تكن فإنه لم يجعل واحد منهما ابنه كان الإلحاق بعد الموت مع عدم القافة لا يتصور إلا بالانتساب والانتساب بعد البلوغ حيث

يتصور الانتساب، وفي هذه المسألة لا سبيل إليه بعد البلوغ أيضاً.

فإن قيل: لِمَ قلتم هكذا؟ وأي فرق بين هذه المسألة وبين رجلين تنازعا مولوداً وفقدت القافة فبلغ الغلام أمرتموه بالانتساب إلى واحد منهما؟. قلنا: الفرق أن في تلك المسألة يتيسَّر الانتساب لأنه إذا راجع نفسه وتأمل دواعيها إلى أحدهما بما بينه وبينه من القرابة والأبوة أمكنه الانتساب وأمكننا الاعتماد على قوله إذا انتسب وها هنا إذا أمرناهما بالانتساب تعذر المقصود إذ لا يخلو من أحد أمرين إما أن ينتسبا جميعاً إليه فلا يكون أحدهما أولى من الثاني، أو ينتسب أحدهما فيحتمل أن يكون المنتسب غير ولد وغير المنتسب ولداً. [١٥٦/أ].

فإن قيل: هناك أيضاً إذا انتسب إلى أحدهما احتمل أن يكون الذي انتسب إليه غير والدٍ والذي لم ينتسب إليه والداً.

قلنا: إذا أمرنا الولد بالانتساب إلى أحد المدعيين فلا بد له من أن ينتسب إلى أحدهما وليس له الانتفاء عنهما جميعاً، ولا الانتساب إليهما جميعاً. وقوله: أصل في نسبه فإن نسبه حقه فيمكننا تعليق الحكم بقوله وتتبين فائدة أمرنا إياه بالانتساب فكذلك كلفناه الانتساب فأما الولدان والوالد واحدة فلا فائدة في أمرنا إياهما بالانتساب وكان الأمر به في الابتداء محالاً لما كان الحكم به في الانتهاء محالاً. فإذا ثبت هذا أقرعنا بين الولدين لإثبات الحرية في أحدهما لا لإثبات النسب، فإن النسب لا يثبت بالقرعة فأيهما خرج سهمه أعتقناه لأن السيد إذا قال: أحدهما ولدي فقد أقر بشيئين لذلك الولد بنسبه وحريته، وقد تعذر إثبات النسب وأمكن إثبات الحرية بالقرعة، وهذا كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة يثبت المال دون القطع. وقال ابن خيران رحمه الله: يصير بالقرعة ابناً حراً لأن الحرية تثبت له بالولاء فلم يجز أن يرتفع أصلها ويثبت حكمها. وهذا غلط لأن القرعة لا تدخل لتمييز الأنساب المشتبهة وتدخل لتمييز الحرية المشتبهة بدليل أنه لو تنازع رجلان في ولدٍ لا يقرع بينهما في نسبه. ثم إذا حكمنا بحرية الولد بالقرعة حكمنا بحرية أمه لأنَّا نعلم أن واحدةً من الأمتين أم ولده تعتق بموته فأولاهما هذه. ثم هل يوقف ميراث ابنٍ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوقف وهو اختيار المزني لأنا تيقنا أن أحدهما ابنه وإن جهلنا عينه.

والثاني: لا يوقف وهو ظاهر المذهب لأن وقف الميراث إنما يكون في أمر معلوم أشكل حاله ويرجى زواله فلا يصح وقفه كما لا يوقف الميراث في الأخوين إذا غرقا ولا يدرى أيهما مات أولاً وهذا [١٥٦/ب] اختيار القاضي الطبري وجماعة رحمهم الله فعلى هذا يكون الميراث كله للوارث المعروف نسبه إن كان أو لبيت المال إن لم يكن. وقال أبو

حنيفة رحمه الله: إذا قال: أحد هذين ولديّ عتق من كل واحد منهما نصفه ولا يرثان شيئاً ويستسعى كل واحد منهما بعد بلوغه في نصف قيمته فيؤدي ويعتق الكل. وقال ابن أبي ليلى كما قال أبو حنيفة وزاد بأن قال: هما يرثان ميراث ابن لكل واحد منهما نصفه يستعين به عند الاستسعاء على أدائه للعتق.

مسألة[1]: قال: وسمعتَه يقولُ: لو قالَ عندَ وفاتِهِ لثلاثةِ أولادٍ لأمتِهِ: أحدَ هؤلاءِ ولدي.

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة والتي قبلها سواء، وإنما تختلفان في الصورة فالمسألة الأولى ولدان من أمتين، والمسألة الثانية ثلاثة بنين من أمةٍ واحدةٍ فأقر بأحدهم ولم يكن تقدَّم منه إقرار بوطئ، ولم يكن لها زوج على ما بيناه فإنه يطالب بالتعيين، فإن قال: هو الأكبر حكمنا بحريته وثبوت نسبه منه، وسألناه عن الأم كيف استولدها؟ فإن قال: استولدتها في ملكي فقد أقر بأنها علقت منه في ملكه فتكون أم ولد له، وقلنا له: ما تقول في الآخرين؟ فإن قال: هما مني ألحقناهما به، وإن قال: ليسا مني وإنما أتت بهما من زوج أو زِناً حكم بأنهما مملوكان له ومنع من التصرف فيهما بما يزيل ملكه عنهما لأنهما ابنا أم ولده فيكون حكمهما حكم الأم ويعتقان بعتقها.

ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: أنهما مملوكان على الرق لا يعتقان بعتق الأم بموت السيد لأنه يمكن أن يكون الابن الأكبر ابنه منها والأوسط والأصغر لم تثبت لهما حرمة الاستيلاد بأن يطأ الراهن جاريته المرهونة من دون إذن المرتهن فتأتي بولد يكون الولد حراً ولا يمنع بيعها في حق المرتهن في أحد القولين، فإذا بيعت وزوَّجها المشتري فأتت بولدين من زوجها أو زنت [١٥٧/أ] فأتت بولدين فاشتراهما الراهن مع الولدين بعد ذلك صارت أم ولد له بالوطئ المتقدم وولداها مملوكان له ولا يجوز إثبات الحرية بالشك، كما لا يجوز إثبات النسب بالشك. ولذلك قال في القديم: لو وطئ جارية غيره بالشبهة فولدت منه ولداً حراً ثم زوجها المالك فأتت بولدين من زوجها أو زنت فأتت بولدين ثم اشتراهم الواطئ بالشبهة صارت أم ولده بالإحبال المتقدم وكان الولدان مملوكين لا يعتقان بموته وهذا لأنها ولدتهما في حالٍ لم تكن فيها أم ولد. وإن أقر بالأوسط ثبت نسبه منه وكان الأكبر مملوكاً وسئل عن الأصغر فإن قال: هو ابني لحق به، وإن قال: ليس

---

(١) انظر «**الحاوي الكبير**» (١٠٧/٧).

مني وإنما أتت به من زوج أو زناً هل هو مملوك قن أو ابن أم ولد ثبتت له حرمة الاستيلاد؟ وجهان على ما ذكرنا. وإن عين الأصغر فقال: هو ابني ثبت نسبه منه وكان حر الأصل ورق الأكبر والأوسط، فإن قال: استولدتها في النكاح لم تصر أم ولده وله أن يتصرف فيها. وإن قال: استولدتها بوطئ شبهةٍ ففيه قولان على ما ذكرنا من قبل.

وقال في «الحاوي»: إذا عين الأكبر وقال: وطئتها في ملكي صار حراً وارثاً، وهل يلحق به الأوسط والأصغر؟ وجهان **أحدهما**: يلحقان به ويصير الثلاثة كلهم أولاداً يرثونه لأنها بالأول صارت فراشاً فلحق به كل ولدٍ جاءت به من بعده. **والثاني**: يلحق به دون الأوسط والأصغر لاحتمال أن يكون وضعت الأول في ملكه ثم بيعت عليه في رهنٍ فولدت الأوسط والأصغر من زوجٍ ثم اشتراها والولدين معاً والأنساب لا تلحق بالشك. فإذا قلنا بهذا الوجه الثاني هل يكونان في حكم أم الولد يعتقان بموت السيد؟ وجهان على ما ذكرنا. وإن مات قبل البيان كان الرجوع إلى بيان الورثة على ما ذكرناه. فإن عين الأصغر تعين نسبه وحريته، وسألناه عن الولادة ليخبرنا بما [١٥٧/ب] يعلمه من ذلك لا باجتهاده فإن قال: لا أعرف قد ذكرنا وجهين، وظاهر النص أنه يحمل على الاستيلاد بالملك، وإن عين الوارث الأوسط تعين، فإن قال: استولدها في الملك قال: فالولد حر الأصل والأمة أم ولده والأكبر مملوك، وفي الأصغر وجهان على ما ذكرنا، وإن عين الأكبر ففي الأوسط والأصغر وجهان على ما ذكرنا هكذا ذكره أصحابنا.

وقال أبو حامد: الابن المعروف في هذه المسألة لا يقوم مقام الأب في البيان، ولهذا لم يعلق الشافعي رحمة الله عليه حكمها ببيانه، وهذا لأن المقصود إثبات النسب والنسب إنما يثبت بإقرار جميع الورثة وليس هذا الابن جميع الورثة فإن الميت لم يمت حتى اعترف بالابن الثاني وهذا على ما ذكر رحمه الله، وهكذا في المسألة قبلها وهو سهو من أصحابنا والله أعلم.

ثم اعلم أن القائف مستعمل في هذه المسألة كما في المسألة الأولى، ولم يذكر الشافعي ها هنا اكتفاء بما ذكر في الفصل الأول فإن ألحقت القافة به الأصغر ثبت نسبه منه وورث ونظر في إقرار المقر فإن قال: أحدهم ولدي استولدتهما في ملكي صارت أم ولده وعتقت في موته ورق الأكبر والأوسط وإن كان قال: استولدتهما في نكاح فهي مملوكة وقد ورث الابن جزءاً منها وعتق عليه ولا يقوم عليه الباقي لأنه دخل في ملكه بغير اختياره. وإن كان قد أطلق ولم يبين فعلى الاختلاف الذي ذكرنا. وإن ألحقت القافة به الأكبر ثبت نسبه منه وعتق وورثه ونظر في إقراره على ما ذكرنا.

وإن ألحقت القافة به الأوسط حكمنا بحريته ونسبه وكان الأكبر رقيقاً وفي الأصغر وجهان إذا قال: كنت استولدتها في ملكي على ما ذكرنا. وإن ألحقت القافة به اثنين من الثلاثة لم يلحقا به لأنه أقر بواحدٍ منهم ولكن خرج من نفته القافة [١٥٨/أ] منهم أن يكون في حكمهم وصار حكم النسب متردداً بين الاثنين من غير تعيين ولا يستفاد بهذه القيافة إلا خروج نسب المنفي منهم والحكم برقه من بينهم. وإن لم تكن قافة أو كانت فأشكل أقرعنا على ما ذكرنا للحرية فإن خرجت القرعة على الأكبر عتق، وهل تصير أم ولده؟ رجعنا إلى إقراره كما بيناه، وهل يعتق الأوسط والأصغر؟ وجهان على ما ذكرنا فقس إذا خرجت القرعة على الأوسط والأصغر.

وقال في «الحاوي»: إنما يقرع بين كلها إذا قال: وطئتها في غير ملكي ومات قبل البيان فالجارية على الرق ولا يثبت نسب واحد منهم ولكن يقرع للحرية، فإذا خرجت القرعة على أحدهم عتق وحده ورق الأخوان بلا خلاف. وإن قال: وطئتها في ملكي ففي ثبوت نسب الأصغر وجهان **أحدهما**: يثبت إذا قلنا: ثبوت نسب أحد الثلاثة بيان المقر أو القافة يوجب ثبوت نسب من دونه لأن الأصغر على هذا الوجه ثابت النسب في الأحوال كلها، قال ابن سريج رحمه الله: وهذا مذهب المزني رحمه الله وإنما حذفه الكاتب من كلامه فعلى هذا تسقط القرعة بين الأخوين ويرقان.

والثاني لا يثبت نسب الأصغر إذا قلنا: ثبوت نسب أحدهم لا يوجب ثبوت نسب من دونه. فعلى هذا هل يعتق الأصغر؟ وجهان **أحدهما**: يعتق إذا قلنا: ثبوت نسب أحدهم جعل من دونه ولد أم ولد فعلى هذا تسقط القرعة بين الأخوين ويرقان. **والثاني**: لا يعتق إذا قلنا: ثبوت نسب أحدهم لا يجعل من دونهم ولد أم ولد فعلى هذا يقرع بين الثلاثة ليعتق أحدهم بالقرعة تمييزاً للحرية، فإذا قرع أحدهم عتق وحده ورق من سواه والأم حرة في الأحوال كلها لأنها أم ولد بأحد الثلاثة، ولا يرث من عتق بالقرعة لأن نسبه لم يثبت. فإذا تقرر هذا [١٥٨/ب] اعترض المزني رحمه الله على هذه المسألة اعتراضين:

أحدهما: على الميراث، **والثاني**: على الحرية فقال: في الميراث يلزمه على قوله المعروف أن يجعل لهذا الابن المجهول من هؤلاء الثلاثة مورثاً موقوفاً وهو نصف ماله ويكون النصف للابن المعروف لأنَّا تيقنا أن أحدهم ابنه وإن جهلنا عينه كما قال الشافعي: أحدهم حر وإن لم نعرف عينه، ولا يجوز بيع جميعهم وكما قال فيمن طلق نساءه إلا واحدة مثلاً ثلاثاً ولم يبين يوقف ميراث واحدةٍ منهن حتى يصطلحن هكذا ها هنا. قلنا: قد بينا فيما مضى أن في وقف الميراث وجهين:

أحدهما: يوقف كما قال المزني ومعنى قول الشافعي: ولا ميراث له أي في الحال لا يتعجل قسطه ما لم يبن سببه.

والثاني: لا يوقف وهو ظاهر كلام الشافعي وهو المذهب لقوله إن البيان ولا يكون علمنا بأن فيهم ابناً موجباً أوقف ميراثه عند فوات البيان كالعربي إذا مات مجهول العصبة لا يوقف ميراثه، وإن علمنا أن له في العرب عصبةً. وعلى هذا الوجه الثاني وحكم بثبوت نسب الأصغر في أحد الوجهين فالتركة بينه وبين الابن المعروف. وإن لم يحكم بثبوت نسب الأصغر فالتركة كلها للابن المعروف. وإن قلنا بالوجه الأول أنه يوقف الميراث يوقف نصف التركة وكان نصفها للابن المعروف إن لم يحكم بثبوت نسب الأصغر، وإن حكم بثبوته كان بينهما. وأما الجواب عن احتجاج المزني بالحرية قلنا: الفرق أنا وجدنا إلى إثبات الحرية سبيلاً بالقرعة المشروعة لها وما وجدنا إلى إثبات النسب سبيلاً، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الميراث.

وأما الجواب عن مسألة الطلاق فالفرق أن النكاح كان مستيقناً وهو سبب الميراث وقد استبقى من نسائه واحدةً فوقفنا الميراث ليقين سببه إلى أن تتعين المستحقة منهن وها هنا النسب سبب الميراث ولم نجد إلى إثباته سبيلاً. استحال إثبات [١٥٩/أ] الإرث قبل إثبات سببه. وأيضاً إيقاف الميراث على المعروف للمجهول النسب يقتضي أن يرث المعروف النسب من المجهول النسب ونحن لا نورثه منه فلا نوقف الميراث عليه لمن لا نورثه منه، وليس كذلك ورثة الميت المطلق زوجته لأنهم لا يرثون الزوجة إن ورثت فلهذا أوقفنا الميراث عليهم حيث لم يسقط لهم حق. وأيضاً إذا وقفنا ميراث زوجةٍ جاز أن تصطلح الزوجات عليه أن الزوجة إحداهن وإذا وقفنا للوارث من الأولاد لم يكن لهم أن يصطلحوا على أن أحدهم الوارث ويخرج الباقون أنفسهم من النسب أن أحداً لا يملك إخراج نفسه من النسب، وأما الاعتراض الثاني قال: وأنا أقول في الثلاثة الأولاد إن كان الأكبر من الثلاثة هو الابن فهو حر، والأوسط والأصغر حران لأنهما ابنا أم ولد، وإن كان الأوسط هو الابن فهو حر والأصغر حر بأنه ابن أم ولد، والأكبر رقيق لأنه ولد قبل الاستيلاد. وإن كان الأصغر هو الابن فهو حر بالبنوة فيجب بهذا التقسيم أن يكون الولد الأصغر حراً بكل حال لا شك فيه، وكيف أدخله الشافعي في القرعة وكيف أرقه إذا خرجت عليه قرعة الرق؟. ثم إن المزني اتبع هذا التقسيم تقريراً لكلامه من وجه آخر فقال: حرية الأوسط ممكنة في حالين ويرق في حال وحرية الأكبر ممكنة في حالٍ ويرق في حالين، ويمكن أن يكون الأكبر والأوسط رقيقين للابن المعروف وللابن المجهول نصفين، ويمكن أن يكون الابن هو الأكبر فيكون الثلاثة أحراراً، وإذا عرفت تقسيم المزني عرفت هذا التقرير وأنه

تكرير لذلك الكلام بعبارة ثانية، ثم لما أثبت حرية الأصغر تكلم في تفريع وقف الميراث كما وقف من قبل فقال: القياس عندي على معنى قول الشافعي في الوقف إذا لم أدر أنهما حران، أم عبدان، أم عبد وحران، يوقف أو ميراث ابن حتى [١٥٩/ب] يصطلحوا معناه يدفع إلى الابن المعروف نصف الميراث ويحكم بحرية الابن الأصغر ويوقف نصف الميراث للابن المجهول من هؤلاء الثلاثة.

قلنا: قد قطعت القول بحرية الأصغر مع اكتمال رقه على ما ذكرنا من المسألتين، وإذا اشتراها بعد الاستيلاد لا تصير أم ولد عندنا خلافاً لمذهبك ومذهب أهل العراق.

ومن أصحابنا من قال: الأصغر حر بيقين إلا أنا نقول: يقرع بينهم فإن خرجت القرعة على الأكبر بالحرية أعتقته وأعتقت الآخرين، وإن خرجت على الأوسط أعتقته وأعتقت الأصغر فتكون فائدة القرعة عتق غير الصغر فسقط السؤال. وأما الذي اختار لنفسه من وقف الميراث قد ذكرنا فيه وجهين.

وروي عن المزني أنه اختار لنفسه مذهباً آخر وهو أن يلحق به الأصغر ويوقف الأكبر والأوسط لأنه يجوز أن يكونا ابنين له ويدفع إلى الابن المعروف ربع الميراث ويدفع إلى الصغير ربع الميراث ويوقف النصف للأكبر والأوسط وهذا في بعض نسخ المزني. وهذا غلط لأن المقر لم يقر إلا بنسب واحد من الثلاثة وأمكن ما قاله على ما بيناه فلم يجز أن يلحق به أكثر منه، ولا أن يوقف الميراث لأكثر من واحد.

مسألة[١]: قال: وتجوزُ الشهادةُ أنهمْ لا يعرفونَ لهُ وارثاً غيرَ فلانٍ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا مات رجل فجاء رجل وادعى أنه وارثه ولم تسمع دعواه حتى يتبين سبب ميراثه وقرابته لأنه يجوز أن يعتقد أنه يرثه بالرحم والحاكم لا يرى ذلك. ثم إذا بين وسمعت دعواه لا تقبل إلا ببينةٍ ولا يقبل إلا شاهدان ذكران لأن النسب لا يثبت بشاهدٍ وامرأتين ولا بشاهد ويمين. ولو شهدا أنه وارثه لم تسمع شهادتهما حتى يذكر سبب ميراثه كما ذكرنا. ولو بينا فقالا: لا نشهد أنه ابنه أو أخوه أو عمه نُظر في الشاهدين، فإن كانا من أهل المعرفة الباطنة بالميت فشهدا أن هذا [١٦٠/أ] ابنه أو أخوه ولا نعلم وارثاً غيره قبلت شهادتهما ويسلم المال إلى المشهود له، ولا يطالب بإقامة الكفيل. وإن كانا من أهل

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (٧/ ١١١).

المعرفة الظاهرة قبلت شهادتهما على إثبات ميراث المشهود له، ولا تقبل شهادتهما على لغي غيره ونظر في الوارث الحاضر فإن كان ممن له فرض مقدر مثل الزوجين والأبوين والجدة فإن الحاكم يدفع إلى المرأة مقدار حقها بيقين وهو ربع الثمن عائلاً لأنه يجوز أن يكون له ثلاث نسوة غيرها وأبوان وبنات فيكون للنسوة الثُّمن، وللأبوين السُدُسان، وللبنات الثُلُثان والفريضة من أربعة وعشرين وتعدل بثلاثة فتصير من سبعة وعشرين. وإن كان أباً أو أماً أو جدةً فله السُدُس عائلاً على ما بيناه، وإن كان الحاضر ممن لا فرض له مقدر ولا يحجب عن الميراث مثل الابن فإن الحاكم لا يسلم إليه المال في الحال حتى يكتب إلى البلاد التي كان دخلها الميت وسُئل عنه فإذا فعل ذلك فلم يظهر له وارث سوى المشهود له يسلم إليه المال. وإن كان المشهود له ممن يحجب عن الميراث كالأخ والعم.

قال أبو إسحاق: لا يدفع إليه شيء لأن ميراثه مشكوك فيه فلا يدفع بالشك. وقال غيره من أصحابنا: وهو الصحيح يدفع إليه الميراث كما قلنا في الابن لأن سؤال الحاكم وبحثه ظاهر في أنه لا وارث له سواه فجرى ذلك مجرى أن تشهد البينة أنه لا نعلم له وارثاً سواه. ثم إذا دفعنا المال إلى هذا الوارث.

قال الشافعي: ها هنا يستحب أن يؤخذ منه كفيل لئلا يظهر وارث آخر فنكون قد اختطنا له. وقال في الدعوى والبينات: لا أعطيه شيئاً إلا بكفيل، فقيل: قولان، وقيل: وجهان والقولان أولى لما ذكرنا والصحيح أنه احتياط. وقيل: القولان في غير الابن، فأما الابن يدفع إليه من غير كفيل وهو ضعيف. ولو أن الشهود قطعوا بشهادتهم وقالوا: لا وارث له غيره كانت شهادتهم مقبولة على معنى [١٦٠/ب] لا نعلم له وارثاً غيره، وقد يطلق الرجل هذا اللفظ ومعناه العلم، ولو أطلقوا على الإحاطة وقال: نشهد على أن لا وارث له قطعاً وإحاطة كان هذا منهم خطأ ولكن لا ترد شهادتهم لأنه يؤول بهم إلى العلم ونهاهم الحاكم عن مثل هذا القطع.

وقال أبو حنيفة: القياس أن ترد شهادتهم لأنهما كذبا ولكن لا أردها استحساناً وهذا لا يصح لأنه يؤول إلى العلم ويجري عندهم مجرى القطع كقول عائشة رضي الله عنها: «ما ترك رسول الله ﷺ ديناراً ولا درهماً»[1] تعني في علمنا وقال ابن أبي ليلى: لا يدفع إليه المال حتى يقطع الشهود أن لا وارث له سواه وهذا غلط لأن القطع بذلك لا يمكن لجواز

---

(١) أخرجه مسلم في الوصية، باب ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي فيه (١٦٣٥) والنسائي في الوصايا، باب هل أوصى النبي (٣٦٢١) وأبو داود في الوصايا، باب ما جاء في ما يؤمر من الوصية (٢٨٦٣) وابن ماجه في الوصايا، باب هل أوصى رسول الله ﷺ (٢٦٩٥).

أن يكون استولد ولداً سراً، وإنما يمكن الرجوع إلى ظاهر الحال فإن كان عالماً بسفره ومقامه لا يخفى عليه وارثه في الغالب فيحكم بشهادته إذا قال: لا أعلم. ولو قال: بلغنا أن له وارثاً آخر لا يجوز للقاضي أن يقسم الميراث مع الجهالة بعددهم حتى يعلم كم هو. وهل يدفع إلى الحاضر نصيبه؟ على ما ذكرنا. فإن تطاولت المدة ولم يثبت عند القاضي عدد الغائبين طولب الحاضر بكفيل حتى يتكفل بالميراث لأنا لا نأمن من أن ينصرف من الغيبة وارث سواه وقد تلف في يد المدفوع إليه. فإن قال قائل: كيف عطف الشافعي قوله: فإن تطاول ذلك دعى الوارث بكفيل على قوله: إن قالوا: بلغنا أن له وارثاً غيره؟ لأن الشهود إذا قالوا: بلغنا أن له وارثاً غيره فالواجب على القاضي أن لا يدفع جميع الميراث إلى الحاضر وإن جاء بالكفيل قلنا: معنا قول الشهود: بلغنا أن له وارثاً غيره أن لا نتحقق ذلك ولكنا قد سمعناه ولا نشهد عليه وقد يقرع سمع الرجل مما لا يتحققه ثم لا يكون الخبر صدقاً وربما يكون كذباً فتوقف القاضي لاحتمال الصدق فلما تطاولت المدة وانتشر خبر وفاة المتوفى في الأقطار ولم يظهر [١٦١/أ] وارث خفي غلب على قلب الحاكم أن ما بلغهم لم يكن له حقيقة فلذلك أقدم على القسمة واحتاط بالكفيل.

فرع

إذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بدين على أبيه وأنكر الآخر، نُظر فإن كان المقر عدلاً جاز أن يقضي بشهادته مع شاهد آخر، أو مع امرأتين، أو مع يمين المدعي. وإن لم يكن عدلاً حلف المنكر ولم يلزمه شيء. وأما المقر ففيه قولان **أحدهما**: يلزمه كل الدين في حصته وبه قال أبو حنيفة رحمه الله وهو اختيار ابن سريج رحمه الله لأن الدين قد يتعلق ببعض التركة إذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب قضاءه من حصة المقر، والثاني وهو الصحيح: لا يلزمه إلا بقدر حصته، لأنه لو لزمه بالإقرار كل الدين لم يقبل شهادته بالدين لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضرراً.

فرع آخر

لو قال: عليّ ألف أخذته منه قال المتقدمون من أصحابنا: هو كما لو قال: دفعه إليّ لو فسره بالوديعة يقبل وقال أبو حنيفة: لا يقبل لأن الأخذ يقتضي الغصب ظاهراً قال القفال: يحتمل أن يكون هذا مذهبنا.

فرع آخر

قال صاحب «التلخيص» رحمه الله: ثلاثة أحوال في الذمة لا يجوز مطلق الإقرار بأنها

لغيرهم الصداق، وعوض الخلق، وأرش الجناية عن البدن قال أصحابنا: هذا لأن بضع غير ذات الزوج لها فابتداء ذلك عوضه بالنكاح لا يكون إلا لها وعند الخلع لا يكون إلا له. وكذلك الأرش الذي هو عوض جزء من البدن لا يكون إلا للمجني عليه، فإذا أطلق عليه الإقرار أنها لغيره فهو كذب وإنما تصير لغيره بحوالة صحيحة على شروطها وليس في مجرد الإقرار ما يوجب ذلك. وقال القفال: «لم يبت» الوجه فقالت: المال الذي في ذمة الزوج من المهر لفلان من جهة أني أحلته على الزوج به بدين كان عليّ يصح، وإن أطلقت فقالت: هو لفلان ولم تفسر هل يصح الإقرار؟ قولان **أحدهما**: يصح لأن وجه الصحة محتمل، **والثاني**: لا يصح وهذان القولان مبنيان على أنه [١٦١/ب] لو أقرّ للحمل مطلقاً هل يصح أم لا؟ فيه قولان وحكى القفال عن صاحب «التلخيص» أنه قال: لو قالت: صداقي الذي تزوجني عليه لفلان فهو هبة لم تقبض، ولو قالت: بحق ثابت فأضافتها إلى نفسها إضافة تعريف ويكون إقراراً قال القفال: إذا لم تبين وجهه فهو على ما ذكرت من القولين. وإن فسرت بالحوالة كان صحيحاً. والله أعلم.

وهذا آخر كتاب الإقرار ويتلوه في الذي يليه كتاب العارية إن شاء الله تعالى والحمد لله حمد الشاكرين وصلاته على خير خلقه محمد وآله الطاهرين.

محتوى الجزء الثامن من كتاب بحر المذهب